

Entre mito y realidad: el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en
Colombia. Apuesta teórica de un derecho sui géneris

Lisneider Hinestroza Cuesta

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho

Bogotá, Colombia

2017

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestrosa Rey

Director del Doctorado: Dr. Edgar Cortés Moncayo

Director de Tesis: Dr. Alexei Julio Estrada

Examinadores: Dra. María del Pilar García

Dr. Humberto Sierra

Dr. Julio Gaitán

Dr. Vincenzo Ferrari

Dr. Sergio Mosquera

Contenido

| | |
|-----------------|----|
| Agradecimientos | 9 |
| Siglas | 11 |
| Introducción | 12 |

Parte preliminar

| | |
|---|----|
| A. El problema de investigación | 16 |
| B. El planteamiento del problema | 24 |
| C. La hipótesis de trabajo | 24 |
| D. Interés e importancia de la investigación | 26 |
| I. Precisiones conceptuales | 28 |
| A. El enfoque del análisis del derecho a la propiedad | 29 |
| B. El debate teórico por los derechos de un grupo: entre el individualismo, el comunitarismo, la propiedad y los derechos de las minorías | 32 |
| C. El concepto de comunidades negras | 37 |
| D. Los principios tradicionales | 47 |
| E. Diferencias entre semejantes | 54 |
| II. Guía de procedimiento | 64 |
| A. La metodología de la tesis | 64 |
| B. El plan de la tesis | 66 |

Segunda parte

La apuesta teórica para un derecho diferente

| | |
|--|----|
| Presentación | 68 |
| Capítulo primero | 72 |
| Un derecho sui géneris frente a categorías tradicionales | 72 |
| Para iniciar | 72 |
| 1.1. Más argumentos sobre el carácter fundamental del derecho a la propiedad | |

| | |
|---|-----|
| colectiva de las comunidades negras | 76 |
| 1.1.1. La teoría de los derechos fundamentales | 79 |
| 1.1.2. ¿Por qué son fundamentales los derechos de los grupos étnicos? | 87 |
| 1.1.3. Argumentos adicionales sobre el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras | 94 |
| 1.2. Conceptualización del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras | 103 |
| 1.2.1. El fundamento ético del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras | 109 |
| 1.2.1.1. El origen de una forma de propiedad diferente | 110 |
| 1.2.1.2. La justificación moral para el reconocimiento jurídico | 120 |
| 1.2.2. Fundamento jurídico del derecho a la propiedad colectiva | 126 |
| 1.3. Un derecho más que individual y más que colectivo | 130 |
| 1.4. Un derecho que no es real | 175 |
| Primera reflexión | 187 |
| Capítulo segundo | |
| El derecho a la propiedad colectiva: atributos diferentes para un derecho diferente | 191 |
| Presentación | 191 |
| 2.1. La contribución de la propiedad privada | 193 |
| 2.2. Elementos de la propiedad pública | 203 |
| 2.3. La propiedad de las comunidades negras | 205 |
| 2.3.1. Convivencia entre la individualidad y la colectividad | 207 |
| 2.4. La crisis de los atributos tradicionales | 210 |
| 2.5. La redefinición de atributos para un derecho diferente | 222 |
| 2.6. El contenido para un derecho diferente | 238 |
| 2.6.1. Una función social y ecológica en superlativo | 243 |
| Segunda reflexión | 250 |

Tercera parte

Mito, realidades y tensiones de un derecho sui géneris

Capítulo tercero

| | |
|--|-----|
| El mito del usufructo colectivo y la realidad del usufructo individual | 254 |
| Presentación | 255 |
| 3.1. El usufructo de la legislación civil | 258 |
| 3.1.1. El concepto clásico de usufructo | 259 |
| 3.1.3. Finalidad del usufructo civil | 267 |
| 3.1.4. Objeto del usufructo y forma de constitución | 268 |
| 3.1.5. Derechos y obligaciones derivados del usufructo | 270 |
| 3.1.6. Extinción del usufructo | 275 |
| 3.2. El usufructo de las comunidades negras | 277 |
| 3.2.1. El usufructo legal | 278 |
| 3.2.2. El usufructo tradicional | 280 |
| 3.2.3. El concepto de usufructo | 288 |
| 3.2.4. Finalidad del usufructo | 289 |
| 3.2.5. Titulares del usufructo | 290 |
| 3.2.6. Objeto del usufructo | 293 |
| 3.2.7. Facultades y restricciones derivadas del usufructo | 296 |
| 3.2.8. Características del usufructo de las comunidades negras | 299 |
| 3.3. Entre usufructos diferentes: un derecho diferente | 301 |
| 3.4. Situaciones especiales derivadas del usufructo de las comunidades negras | 305 |
| Tercera reflexión | 312 |
| Capítulo cuarto | |
| Tensiones generadas en el ejercicio de un derecho sui generis | 314 |
| Presentación | 314 |
| 4.1. Tensiones intracomunitarias derivadas del usufructo de las comunidades negras | 317 |
| 4.1.1. Tensiones derivadas de la forma y las facultades de la titularidad | 318 |
| 4.1.2. El remedio de las tensiones intracomunitarias | 330 |
| 4.2. Tensiones extracomunitarias | 341 |
| 4.2.1. Tensiones entre consejos comunitarios y municipios | 342 |
| 4.2.2. Tensiones entre consejos comunitarios y corporaciones autónomas regionales | 361 |
| 4.2.3. Tensiones entre consejos comunitarios y propietarios privados | 365 |
| 4.3. Aproximación teórica a las tensiones derivadas del ejercicio del derecho a la propiedad colectiva | 375 |

| | |
|------------------|-----|
| Cuarta reflexión | 384 |
| Conclusiones | 387 |
| Bibliografía | 395 |
| Anexos | 435 |

Lista de tablas

| | | |
|----------|--|-----|
| Tabla 1 | Diferencias entre semejantes. Propiedad de indígenas y comunidades negras | 61 |
| Tabla 2 | Criterios para la categorización del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos como derecho fundamental | 91 |
| Tabla 3 | Atributos del derecho a la propiedad privada desde la legislación civil | 195 |
| Tabla 4 | Descripción normativa de la propiedad de las comunidades negras | 205 |
| Tabla 5 | Comparación entre propiedad y condominio | 216 |
| Tabla 6 | Consejos titulados por año en el departamento del Chocó | 437 |
| Tabla 7 | Descripción normativa del usufructo de las comunidades negras | 279 |
| Tabla 8 | Diferencia entre el usufructo de la legislación civil y el usufructo de las comunidades negras | 302 |
| Tabla 9 | Clases de arrendamiento en ejercicio del derecho a la propiedad colectiva | 327 |
| Tabla 10 | Funciones de los consejos comunitarios y los municipios | 345 |

Lista de anexos

| | | |
|---------|---|-----|
| Anexo 1 | Modelo de solicitud de copia de reglamentos internos a consejos comunitarios de comunidades negras en el Chocó | 436 |
| Anexo 2 | Tabla 6. Consejos titulados por años en el departamento del Chocó | 437 |
| Anexo 3 | Gráfica 1. Consejos comunitarios del Chocó por familias | 441 |
| Anexo 4 | Gráfica 2. Consejos comunitarios del Chocó por regiones | 442 |
| Anexo 5 | Modelo de solicitud presentada al Foro Interétnico Solidaridad Chocó | 443 |
| Anexo 6 | Petición presentada al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Dirección de Asuntos Étnicos de Bogotá y a la regional Chocó | 444 |
| Anexo 7 | Modelo de solicitud presentada a inspecciones de policía | 445 |

A los jóvenes afrocolombianos que salen de sus pueblos buscando un futuro mejor.

Y a los amores de mi vida: Alberto, Santiago y mi familia extensa.

Agradecimientos

Dar gracias es reconocer que una tarea, un proyecto, no se emprende ni culmina en soledad.
¡Gracias!

Al creador de mi universo, por darme la fuerza invisible que me anima.

A mi fortuna: mi familia; la voz siempre de aliento y el sacrificio en tiempo de los amores de mi vida: mi esposo José Alberto Córdoba Arias, mi hijo Carlos Santiago y mi familia extensa (mamá, papá, hermanos, tíos, tías, primos, sobrinos, etc.).

A la doctora Alicia Ríos Hurtado (q.e.p.d) por iniciar y mostrarme el camino. Hoy estarías orgullosa. Gratitud del alma; siempre en mi corazón.

A la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” por la comisión otorgada para adelantar los estudios de Doctorado en Derecho.

A la Universidad Externado de Colombia y su cuerpo de docentes, en especial al Dr. Edgar Cortés Moncayo, Director del Doctorado y a la Doctora Julia Rodríguez Torres, Coordinadora de Programas de Doctorado, por su apoyo y orientación constante.

A los consejos comunitarios de comunidades negras del Chocó por despertar mis inquietudes y por el apoyo a la presente investigación. En especial, al Señor Esildo Pacheco, Asesor Jurídico del Consejo Comunitario del río Baudó y sus Afluentes (ACABA) por las horas de conversación. A los doctores Silvio Garcés e Ímer Ramos, exfuncionarios del INCODER, y al profesor Jaime Arocha, por el tiempo y las explicaciones.

A mi faro de luz: el Doctor Alexei Julio Estrada, quien desde nuestra primera conversación en clase comprendió mis inquietudes, me ayudó a descubrir los pasos y a despejar la

incertidumbre. Gratitud perenne y con el corazón por el tiempo, paciencia y conocimientos compartidos.

A mi padre italiano: el Doctor Vincenzo Ferrari, por su invitación, que fue la fuerza para no abandonar la idea creadora, la oportunidad para estructurar la hipótesis de la tesis doctoral, y el espacio para reconocer la importancia y necesidad de la presente investigación.

A los amigos y amigas que dan fuerza y refrescan con sus palabras los días de frustración y de sentimientos encontrados, que fueron muchos.

Siglas

| | |
|------------|--|
| ACIA | Asociación Campesina Integral del Atrato |
| ACABA | Asociación de Consejos Comunitarios del Baudó |
| ACADESAN | Consejo Comunitario General del San Juan |
| ANT | Agencia Nacional de Tierras |
| ASOCASAN | Asociación de Consejos Comunitarios del San Juan |
| ASCOBA | Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones del Bajo Atrato |
| CAMIZBA | Asociación de Cabildos del Bajo Atrato |
| COCOGUA | Consejo Comunitario de Guayabal |
| COCOILLO | Consejo Comunitario Integral de Lloró |
| COCOMACIA | Consejos Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato |
| COCOMOPOCA | Consejo Comunitario Mayor de la Organización Campesina y Popular del Alto Atrato |
| FISCH | Foro Interétnico Solidaridad Chocó |
| ICANH | Instituto Colombiano de Antropología e Historia |
| INCORA | Instituto Colombiano de la Reforma Agraria |
| INCODER | Instituto Colombiano de Desarrollo Rural |
| INAT | Instituto Colombiano de Adecuación de Tierras |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |

Introducción

La idea creadora de las líneas que fundamentan la presente tesis doctoral surgió de una historia de trabajo que se inició hace varios años (2001) en el departamento del Chocó en Colombia, en las clases de la asignatura de pregrado de Derecho, llamada Desarrollo Regional. En esa época, junto con cinco compañeras, entrevistamos para un trabajo académico al Señor Abigail Serna (q.e.p.d), Asesor del Ministerio Educación Nacional para temas de etnoeducación, quien apoyó a la Comisión Especial que redactó la Ley 70 de 1993. De allí surgieron algunas de las inquietudes que con el tiempo se fueron ampliando gracias a los contactos con los consejos comunitarios de comunidades negras, y a las tareas desarrolladas en varios escenarios (capacitación a líderes comunales y a concejales, talleres para integrantes de consejos comunitarios, gestión predial para el diseño y pavimentación de vías, tesis de maestría, proyectos de investigación, etc.).

Ya desde mi ingreso al doctorado la idea del proyecto de tesis se inclinó por un tema que continuaba generándome variadas reflexiones: la propiedad colectiva de las comunidades negras organizadas en consejos comunitarios. Recordé las palabras del señor Abigail en una de nuestras conversaciones que durante mucho tiempo me hicieron sonreír: “Como abogada usted va a ayudar a entender los derechos creados por la Ley 70 de 1993 porque necesitan ser conocidos y reclamados por la juventud”. Nunca imaginé en ese entonces que dedicaría buena parte de mi vida académica y laboral al estudio de los derechos de las comunidades negras. De esa manera no solo se cumplió el anhelo del señor Abigail, que con seguridad estaría muy feliz, sino que se dio vida a las siguientes líneas que concitan al análisis y comprensión de uno de estos derechos: el *derecho a la propiedad colectiva*.

A través de la historia el estudio¹ del derecho a la propiedad ha concentrado el interés jurídico de muchos doctrinantes², en su mayoría desde el derecho civil, y el pensamiento

¹ Desde el punto de vista metodológico esta sección del trabajo sigue el mismo esquema de presentación de las ideas planteado por F. Barbosa Delgado (2012). *El margen nacional de apreciación y sus límites en la*

libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 25-34.

² Sin ser exhaustivos, y solamente a modo de ilustración, la información se puede ampliar en los documentos donde se estudia el tema de la propiedad así: en la *Doctrina internacional* 1. R. Pipes (1999). *Propiedad y libertad*. Josefina de Diego (trad.). México: Turner Publicaciones, ilustra cómo a través de la historia los conceptos de propiedad y libertad siempre han estado ligados. 2. M. Laquis (1979). *Derechos reales*. t. II. *Propiedad y dominio. El Dominio en el Código Civil –Propiedad Intelectual-Propiedad Industrial– Adquisición y pérdida del dominio*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, expone cómo el derecho de propiedad constituye el prototipo de los derechos subjetivos con los alcances que estableció la obra del iluminismo. 3. L. Valiente Noailles (1958). *Derechos reales*. Buenos Aires: Roque Depalma, hace un recuento del origen de la propiedad privada con las explicaciones de Platón y Aristóteles. 4. C. Lasarte (2008). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales explica el origen y significado de la propiedad privada. 5. R. Ruiz Serramalera (1982). *Derecho civil. Derechos reales I Parte General. La Posesión y la Propiedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, explica que la propiedad constituye una relación jurídica caracterizada por su valor patrimonial o económico, y que, visto desde el ángulo subjetivo de la persona, el dominio representa la potestad que sobre la cosa tiene su titular, además de señalar que el concepto de propiedad sugiere siempre un poder pleno, un dominio efectivo, un sometimiento total, o una relación de dependencia o de apropiación de algo respecto del hombre. 6. G. Solari (1946). *Filosofía del derecho privado I. La idea individual*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 7. H. Mazeaud, L. Mazeaud y J. Mazeaud (1959). *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera Vol. I. Introducción al Estudio de Derecho Privado*, Derecho Objetivo, Derechos Subjetivos. L. Alcalá Zamora (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, presentan las discusiones que se generan en torno a los derechos patrimoniales. 8. R. Lowie (1947). *La sociedad primitiva*. A. Bignami (trad.). Buenos Aires: Amorrortu, relata las formas primitivas de organización social en torno a la propiedad. En la *Doctrina nacional* se pueden destacar los textos de: 1. M. Rengifo (2011). *Teoría general de la propiedad: bases para la construcción de un derecho civil realista en el ámbito de la tradición jurídica romana*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2. F. Ternera (2015). *Derechos reales*. Bogotá, Temis, enfocándose en el estudio de los derechos reales define, clasifica, caracteriza y sistematiza la propiedad y sus diversos modos. 3 I. . Arévalo Guerrero (2012) *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, hace un recuento histórico del origen y desarrollo de la propiedad con los cambios producidos por los temas constitucionales, describe el derecho de dominio, sus características, la propiedad pública y el concepto de función social. 4. F. Vélez Rojas (2014). *Fundamentos de bienes*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R., además de abordar las temáticas tradicionales sobre propiedad, explica la propiedad pública y sus características, y brevemente los resguardos indígenas. 5. A. Valencia Zea y Á. Ortiz Monsalve (1996).

liberal ligado a los conceptos de individuo, trabajo, libertad y patrimonio³. Además, el derecho a la propiedad se ha codificado⁴ bajo diferentes formas (propiedad comunal, colectiva, individual, solidaria, pública y privada) y categorías (derecho individual, colectivo, fundamental).

Derecho Civil. t. II. Derechos reales. Bogotá: Editorial Temis, consagran aspectos relacionados con la propiedad a partir de las notas del derecho civil clásico. 6. J. Velázquez Jaramillo (2010). *Bienes.* Bogotá: Temis, dedica el capítulo cuarto al derecho de propiedad explicándolo como el derecho real por excelencia. 7. S. Carrejo (1962). *Derecho Civil II Curso* (Bienes-Derechos Reales). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 8. J. Angarita Gómez (2004) *Lecciones de Derecho civil. t. II. Bienes.* Bogotá: Temis. 9. E. Novoa Monreal (1979). *El derecho de propiedad privada.* Bogotá: Temis. 10. R. Ochoa Carvajal (2011). *Bienes.* Bogotá: Temis. En estas obras también se analiza la propiedad como un derecho real y bajo el enfoque de propiedad privada. 11. D. Mendoza Pérez (1983). *Evolución de la propiedad en Colombia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, sintetiza la evolución de la propiedad en Colombia. 12. F. Hinestrosa (1978). *Apuntes de Derecho Romano. Bienes.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, explica el concepto romano de propiedad. 13. J. A. Pimiento (2010). *Teoría de los bienes de uso público.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 14. ÍD. (2015). *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 15. H. Santaella (2011). “Notas sobre el concepto y garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”. *Revista de Derecho Privado.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Vol. 21, pp. 233-253.

³ R. Pipes (1999). *Propiedad y libertad.* Josefina de Diego (trad.). México: Turner Publicaciones, explica además las diferentes opciones desde donde se puede estudiar la propiedad, bien sea como concepto o como institución, y muestra la relación entre libertad y propiedad. La importancia del trabajo como elemento que da origen a la propiedad privada se puede ampliar en J. Locke (1981). *Ensayos sobre el gobierno civil.* A. Lozano (trad.). Madrid: “Era, pues, su trabajo el que creaba su derecho de propiedad y no podía arrebatarle ese derecho una vez que lo había conseguido”.

⁴ Ternera (2015, p. 62) relata que en 1794 (siglo XVIII, centuria en que se realizaron importantes ejercicios de codificación) Prusia adoptó su Código General, el cual en su primera parte definía el concepto de propietario: “... aquel que está autorizado a disponer, por sí mismo o a través de un tercero, por oposición al conglomerado, de la sustancia de una cosa o de su derecho (Parte primera, Tít. VIII, art. 8.º). Iniciado el siglo XIX, el 21 de marzo de 1804 se publicó el *Code Civil de Napoleón*.

En épocas recientes⁵ ese derecho se constituye en el objeto central y la vía para el desarrollo de los derechos de los grupos étnicos⁶. En este caso se analizará el derecho a la propiedad⁷ reconocido a las comunidades negras en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, que se convirtió en la génesis de la protección del derecho en mención bajo la forma de propiedad colectiva, teniendo en cuenta que el derecho a la propiedad⁸

⁵ Antes de 1991 no se había expedido ningún texto legal en el que se reconociera a las comunidades negras como sujetos de derechos.

⁶ En el país se reconocen como grupos étnicos: los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueros y raizales, y los pueblos rom o gitanos; sin embargo, autores como Borrero (2015, p. 15) señalan que en el país hay cuatro grupos étnicos diferenciados: pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas, raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el pueblo Rom.

⁷ Se utiliza la expresión derecho a la propiedad y no derecho de propiedad por cuanto va más allá de una simple relación con una cosa o con un objeto material; además, por tratarse de un derecho garante que permite y tiene una estrecha relación con otros derechos esenciales para la existencia de las comunidades negras, como la dignidad individual y colectiva, el estudio se enfoca en el análisis de las facultades, atributos y tensiones que se generan por el derecho. Para este caso, el titular del derecho y su necesidad de protección definen su esencia. Aún más, a diferencia de lo esgrimido por varios autores como Ferrajoli, como lo explica sus comentadores De Cabo y Pisarello (2001, pp. 29-31), Vitale (2001, pp. 63-73), Zolo (2001, p. 75-79) y Ochoa (2009, p. 1), en esta tesis el derecho a la propiedad colectiva reconocido por las comunidades negras es un derecho fundamental. Al respecto Ochoa (2009, p. 1) plantea: “El derecho de propiedad, tal como fue concebido desde el derecho romano tardío y luego por el liberalismo individualista, como derecho absoluto, sagrado, perpetuo, ilimitado inherente a la persona, no puede tener vigencia hoy. No es necesario como lo dijo Beccaria, y por tanto no es derecho natural y menos de derecho fundamental”. En este punto se coincide con las diferencias propuestas por Ochoa (2009, p. 4) que defiende la siguiente tesis: “No el derecho de propiedad, sino el derecho a la propiedad, que va unido a la dignidad de la persona, en cuyo caso sí es un derecho, sagrado, natural y fundamental [en] consecuencia no para el derecho de propiedad, sino para el derecho a la propiedad, en los términos que hemos señalado, esa es la propiedad ligada a la dignidad. Ese es el derecho de propiedad que el hombre necesita para vivir dignamente”.

⁸ Para algunos tratadistas, entre ellos Ochoa (2009, p. 82), la propiedad no es un derecho sino un hecho que se deriva de la fuerza. Para ampliar esa posición consultar M. Stirner (2004). *El único y su propiedad*. J. Hernández Arias (trad.). Madrid: Valdemar/Letras Clásicas n. 3.

“juega un rol esencial en la existencia” (Barbosa, 2012, p. 25) de ese grupo y abre un nuevo escenario de análisis y discusión respecto de la categorización de los derechos.

Para efectos de abordar el presente trabajo doctoral utilizando expresiones y siguiendo parte de la propuesta metodológica de Barbosa (2012, p. 25), la introducción se divide en tres partes: en la primera, denominada Parte Preliminar, se presenta el problema, el planteamiento de la investigación, la hipótesis de trabajo, así como el interés y la importancia del tema seleccionado; en la segunda, titulada Precisiones conceptuales, se muestra el enfoque teórico en torno a algunos núcleos temáticos que orientan el presente ejercicio, tales como propiedad, comunidades negras, órganos de administración, y, además, se ilustra de forma sucinta la discusión en torno a algunas ideas referidas al multiculturalismo. Finalmente, en la tercera y última sección, denominada Guía de Procedimiento se formulan las “precisiones metodológicas, dentro de las cuales se delimitará el campo de estudio, el método utilizado y, por último, el plan de la tesis” (Barbosa, 2012, p. 25).

Parte preliminar

A. El problema de investigación

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, y de manera específica con la introducción del artículo 55 transitorio, a las comunidades negras⁹ en Colombia¹⁰ se les

⁹ Para esta investigación las comunidades negras como sujeto colectivo no son una invención como proponen algunos autores, entre ellos Restrepo (2013), sino que son un grupo étnico con el derecho al reconocimiento de los derechos de los cuales siempre han solicitado reivindicación. Se sugiere ampliar esta visión en E. Restrepo (2013). *Etnización de la negritud: la invención de las comunidades negras como grupo étnico en Colombia*. Popayán: Universidad del Cauca y Pontificia Universidad Javeriana.

¹⁰ De acuerdo con la narración Agudelo (2001, pp. 9, 10 y 11), “[...] el proceso para alcanzar lo consagrado en la Constitución de 1991 comenzó a principios de 1990, con la presencia en el escenario político nacional de un movimiento campesino negro que reivindicaba su alteridad étnica y sus derechos territoriales, y cuyas expresiones más fuertes se localizaron en el departamento del chocó [...] se inicia el proceso de

reconoce como grupo étnico, titular, según Garcés (2001, p. 11), de derechos especiales en materia social, étnica, territorial, cultural, económica y política. Uno de los derechos reconocidos es de la propiedad colectiva sobre los territorios que de forma ancestral han venido ocupando estas comunidades, tanto en la cuenca del Pacífico colombiano como en otras zonas del país de “condiciones similares”¹¹.

El desarrollo legal del derecho a la propiedad colectiva se alcanzó con posterioridad al artículo génesis, cuando se expidieron la Ley 70 de 1993^[12] y el Decreto 1745 de 1995^[13].

reconocimiento de la forma de apropiación del territorio como un derecho. Las organizaciones campesinas de negros con el apoyo de la Iglesia a través de sus comunidades eclesiales de base, reclamaban el reconocimiento de la propiedad del territorio en el cual habitaban y desarrollaban sus prácticas productivas que eran ecológicamente apropiadas en correspondencia con su tradición cultural. El discurso fue produciendo un proceso gradual de articulación entre el derecho a la propiedad de la tierra, la autodefinición como grupo étnico y la preservación de la naturaleza. El discurso sobre el derecho a la propiedad de la tierra se inspiró en la reivindicación clásica campesina, pero articulada a una especificidad cultural, a su vez impulsada por un proceso organizativo de los indígenas del Chocó. Se suman, a este proceso la Asociación Campesina Integral del Atrato (ACIA) con el apoyo de la Iglesia, el Proyecto DIAR a quienes se les reconoce el derecho de manejo del área ocupada más no títulos de propiedad”. Indudablemente, a partir de la experiencia de las organizaciones rurales del Chocó, consideradas como punto de referencia en cuanto a procesos organizativos y de movilización, se creó la Coordinadora Nacional de Comunidades Negras, que definió como eje principal de su lucha, la exigencia del derecho al territorio para las poblaciones negras del Pacífico. Wade (2011, p. 25) también describe cómo el Estado, la iglesia y los mismos afrocolombianos invirtieron mucha energía y muchos recursos en la construcción de la imagen de la comunidad negra de la costa pacífica, una imagen culturalista, regionalista e indigenizada. Este aspecto, se puede ver en P. Wade (1993). “El movimiento negro en Colombia”. En *América Negra*, 5. 1993, pp. 173-191.

¹¹ En el proceso de debate de la Comisión Especial creada para la formulación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 70 de 1993, y de acuerdo con las explicaciones de Zulía Mena integrante de la Comisión: “No hubo la información suficiente en la Comisión para que la ley las determinara y especificara en qué consistían las condiciones similares”.

¹² Ley “Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991”, *Diario Oficial* n.º 41.013, 31 de agosto de 1993. Primera norma que después de la Ley del 21 de 1851 consagra derechos a favor del grupo étnico.

De allí en adelante el tratamiento normativo¹⁴, jurisprudencial¹⁵ y doctrinal¹⁶ que se le ha dado al derecho a la propiedad es el de un derecho colectivo. Aunque algunos miembros de las comunidades lo asumen en unos casos como un derecho individual y en otros como colectivo¹⁷, no existe una conceptualización documentada en la que se analice y explique cómo debe entenderse, sus atributos o elementos característicos, el contenido, las facultades y deberes derivados de su titularidad. El texto legal se limita a describir que la propiedad es colectiva, que el Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata la ley la propiedad colectiva sobre los territorios que han venido ocupando, que además son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

¹³ Única norma que se ha expedido con el fin de reglamentar el capítulo de la Ley 70 de 1993 sobre derecho a la propiedad colectiva.

¹⁴ Así lo consagran los artículos 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991 y 4.º de la Ley 70 de 1993.

¹⁵ Una de las sentencias de la Corte Constitucional donde se puede cfr. la consideración anterior es la Sentencia C-169 de 2001: “Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes”.

¹⁶ Por ejemplo, Paz (2014, p. 23) explica que a partir de la promulgación del artículo 55 transitorio de la Constitución Política los afrodescendientes han sido destinatarios de múltiples garantías jurídicas como sujetos colectivos.

¹⁷ Eso lo describen, por ejemplo, Vélez (2009, p. 77), Villa (1996, p. 67), Ocampo (1996, p. 33) y L. Rossbach de Olmos (2004, p. 381). “Además de las objeciones generales, existen desde entonces claros indicios de que los reglamentos legales de pertenencia colectiva de tierras no son solamente inadecuados para la cultura negra del Pacífico, sino también causantes de conflictos, pues entre las comunidades negras del Pacífico existen tradicionalmente áreas territoriales de aprovechamiento común, pero paralelamente a la regla general de mantener un conjunto de tierras agrícolas dentro de un grupo familiar, existe también una fuerte tradición de pertenencia individual de la tierra. En ese derecho tradicional de las comunidades negras, hay mucho de individualismo y de propiedad privada, pero también hay bastante de colectivismo” (Ocampo, 1996, p. 63)

Con la expedición de la Ley 70 de 1993 se reconocieron, de un lado, derechos exclusivos e individuales a favor de determinada persona o familia, frente al ejercicio de un derecho que se adquiere en forma colectiva por adjudicación y no por los modos tradicionales de transferencia del dominio regulados por la legislación civil¹⁸.

En el desarrollo y ejercicio del derecho se identifica una mixtura de características y elementos que pueden atribuirse a la propiedad privada, a la pública, a la individual, y de forma simultánea a las características de los derechos individuales y/o a las características de los derechos colectivos, como se verá más adelante. Por ejemplo, la disposición reglamentaria le atribuye al derecho a la propiedad colectiva de esas comunidades características de bienes públicos como la inalienabilidad, la inembargabilidad y la imprescriptibilidad (art. 6.º, Ley 70 de 1993), y establece derechos que se derivan de la propiedad privada individual como el arrendamiento de tierras, la compra, venta y registro del derecho de usufructo a miembros de la comunidad o del mismo grupo étnico, permitiendo la divisibilidad material de un derecho reconocido de forma colectiva¹⁹.

¹⁸ De conformidad con la legislación civil colombiana (art. 673) Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

¹⁹ En esta tesis se considera que la forma de propiedad amparada por el derecho reconocido a las comunidades negras a la luz del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991, es propiedad colectiva y no propiedad comunal. Los términos colectivo y comunal son diferentes. En la propiedad comunal hay una concepción de que todo es de todos, sin pensar en el individuo y más prevalece el grupo. Mientras que la propiedad colectiva admite la individualidad, pues priman tanto intereses individuales como colectivos. Asimismo, la propiedad colectiva de las comunidades negras no es comunal porque se divide el objeto sobre el cual recae el derecho, hay un sentido de lo individual en las actuaciones de sus integrantes y en cuanto a la definición de propiedad colectiva, porque más que la asignación a individuos se adjudica el derecho a familias, aunque en la práctica los individuos son los que ejercitan el derecho. Algunas definiciones del adjetivo comunal y colectivo: por ejemplo, el *Diccionario Jurídico Espasa* (1991, p. 197) define como comunales los bienes de propiedad municipal cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos, los cuales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, no están sujetos a tributación, son susceptibles de recuperación por vía administrativa y su aprovechamiento se efectúa por regla general en régimen de explotación común o cultivo colectivo. El *Diccionario Vocablo Jurídico* de la Asociación Henri Capitant, en

La adjudicación le otorga a las comunidades negras el derecho de propiedad sobre los recursos que tradicionalmente son de dominio público, como el suelo y los bosques (art. 6.º, Ley 70 de 1993^[20]) además, de la autonomía para administrar su territorio a través de un organismo denominado “Consejo Comunitario”, que según O. Loingsigh (2013, p. 60) “... no son entes territoriales, no tienen control, recursos financieros, ni jurisdicción”, pero se

su versión castellana, reseña que lo común es lo que concierne a todos los miembros de un grupo; en contraposición a lo que es individual y a lo colectivo; es lo que está indiviso, lo que es de la comunidad en oposición a lo que es propio, que se halla ampliamente extendido entre el público. Por su parte el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (2001, p. 200) describe colectivo como contrario a lo individual, sobre todo en cuanto a la propiedad, es lo común a un grupo o a la estructura de una colectividad, lo perteneciente a algunos sin especial determinación. En igual sentido, el *Diccionario Vocablo Jurídico* de la Asociación Henri Capitant define colectivo como lo que se refiere a un conjunto de personas, en contraposición a lo que concierne a uno o varios individuos en particular o a un conjunto impersonal.

²⁰ Artículo 6.º de la Ley 70 de 1993: “Salvo los suelos y los bosques, las adjudicaciones colectivas que se hagan conforme a esta ley, no comprenden: a) El dominio sobre los bienes de uso público. b) Las áreas urbanas de los municipios. c) Los recursos naturales renovables y no renovables. d) Las tierras de resguardos indígenas legalmente constituidos. e) El subsuelo y los predios rurales en los cuales se acredite propiedad particular conforme a la ley 200 de 1936. f) Las áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional. g) Áreas del sistema de Parques Nacionales. Con respecto a los suelos y los bosques incluidos en la titulación colectiva, la propiedad se ejercerá en función social y le es inherente una función ecológica. En consecuencia, para el uso de estos recursos se tendrá en cuenta lo siguiente: a) Tanto el uso de los bosques que se ejerza por ministerio de ley, como los aprovechamientos forestales con fines comerciales deberán garantizar la persistencia del recurso. Para adelantar estos últimos se requiere autorización de la entidad competente para el manejo del recurso forestal. b) El uso de los suelos se hará teniendo en cuenta la fragilidad ecológica de la Cuenca del Pacífico. En consecuencia los adjudicatarios desarrollarán prácticas de conservación y manejo compatibles con las condiciones ecológicas. Para tal efecto se desarrollarán modelos apropiados de producción como la agrosilvicultura, la agroforestería u otros similares, diseñando los mecanismos idóneos para estimularlos y para desestimular las prácticas ambientalmente insostenibles”.

les asignan competencias propias de otras autoridades públicas²¹, a pesar de que son constituidos y funcionan como un organismo de naturaleza privada.

Esa mixtura de características que concurren en el citado derecho genera tensiones²² entre los miembros del grupo para el ejercicio de derechos y deberes, entre sus autoridades de

²¹ Un ejemplo lo conforman los temas ambientales, o los temas de ordenamiento del territorio donde hay funciones que también son asignadas a autoridades ambientales como las corporaciones autónomas regionales y las alcaldías municipales; al respecto cfr. capítulo cuarto.

²² Para esta tesis se entiende por tensión el Estado de oposición, contraste, hostilidad entre miembros del grupo étnico o de actores externos. Es una situación de enfrentamiento constante frente al ejercicio de derechos y deberes. El conflicto genera problemas específicos frente a la administración del territorio y el ejercicio de derechos. Esas tensiones las padecen, por ejemplo, los inspectores de Policía que continuamente tienen que “Resolver disputas por autorizaciones de explotación forestal que uno de los miembros de un consejo comunitario otorga bajo la figura de arrendamiento a un foráneo denominado en la comunidad como paísa para que realice la explotación de un lugar determinado, estableciendo canon de arrendamiento”. Inspección de Policía Municipal Bagadó. Acta de Compromiso del 6 de mayo de 2015; cfr. capítulo cuarto. Las tensiones que se generan en el ejercicio del derecho a la propiedad cuando se trata de comunidades negras, se pueden ilustrar con la concurrencia de funciones entre autoridades ambientales y consejos comunitarios pues, por ejemplo, ambas instancias tienen la función de administrar y disponer de los recursos naturales existentes en territorios de propiedad colectiva de las comunidades negras, o de tomar decisiones frente a la participación y realización de proyectos, obras o actividades; *v.gr.* las corporaciones o el Ministerio de Ambiente, como autoridad ambiental, pueden decidir si se otorga o no un permiso ambiental, y los consejos comunitarios pueden contratar con terceros la explotación de recursos naturales, pueden decidir quién entra o sale de su territorio. O, por ejemplo, las decisiones de cada miembro o integrante del consejo a explotar con fines económicos su terreno o de solicitar un permiso ambiental se enfrenta a las reglas y decisiones de la Junta del Consejo Comunitario; a esto se refieren las tensiones a nivel interno. De igual manera, la Ley 70 de 1993, en la forma como reglamentó el derecho a la propiedad colectiva, sentó las bases para las tensiones anteriores, al consagrar de un lado, derechos exclusivos e individuales a favor de determinadas personas, como el derecho al usufructo, situación que se enfrenta con la condición de colectividad por la cual es adjudicado el derecho a la propiedad a dichas comunidades negras. Al mismo tiempo, la ley estableció derechos colectivos, como el derecho a la representación y administración del territorio que se realiza de manera colectiva. Además, el derecho a la propiedad se adquiere en forma colectiva, por adjudicación, con un título otorgado por una entidad estatal y no por los modos tradicionales de

gobierno propio y administración interna, y las autoridades ambientales y municipales por el ejercicio de funciones. Igualmente, le representa desafíos al Estado para implementar procesos de reparaciones colectivas²³ o aplicación de políticas públicas de acceso a créditos para el desarrollo agrario²⁴, entre otras.

Asimismo, se presentan confusiones conceptuales frente al derecho a la propiedad colectiva cuando es ejercido por comunidades negras, al punto que se asimila, “calca” o equipara,

transferencia como la compraventa o la donación, pero se ejerce de manera individual. En un territorio colectivo, los miembros individualmente considerados celebran contratos de arrendamiento y ventas a terceros de las porciones de tierra asignadas en usufructo. Aún más, el modelo institucional le atribuye al derecho a la propiedad colectiva de estas comunidades, características de bienes de dominio público como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad y características de bienes de propiedad privada como la potestad de disposición y exclusividad, y los individuos conservan la facultad de vender o arrendar el derecho al usufructo a miembros de la misma comunidad o del mismo grupo étnico. En ocasiones las ventas realizadas por los miembros de los consejos se salen de los parámetros de la Ley 70 de 1993 en cuanto a que se vende a personas que no hacen parte del grupo étnico. A nivel externo, se presentan tensiones tanto hacia el interior como el exterior de los consejos comunitarios; bien sea entre los miembros por el tema de linderos o entre los miembros y los órganos de gobierno del consejo. A nivel externo también se presentan tensiones entre los órganos del consejo comunitario y otras autoridades como las municipales en temas de ordenamiento territorial, y las ambientales en el otorgamiento de permisos ambientales, aspectos que serán estudiados en el capítulo cuarto.

²³ De acuerdo con la información suministrada por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Dirección Territorial Chocó, el Oficio del 9 de septiembre de 2015 señala que: “No se han construido planes de reparación colectiva, solamente se adelanta la Ruta de Reparación Colectiva y solamente se han expedido 5 actos administrativos que incluyen sujetos de reparación colectiva; aunque se han incluido a través de actos administrativos a consejos comunitarios y comunidades negras como sujetos de reparación colectiva no se han realizado reparaciones, aún se trabaja en la Ruta de Reparación Colectiva. Los sujetos étnicos identificados son Consejo Mayor del Alto San Juan (ASOCASAN), el Consejo Comunitario Local de Tanguí, Cabecera municipal de Bellavista, el Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus afluentes (ACABA)”.

²⁴ Para ampliar información sobre las dificultades de acceso a los créditos cfr.: A. Perea Sánchez (2010). “Hacia una reforma afrofinanciera”. En *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Disponible en [http://works.bepress.com/alexis_perea/1/].

como lo describe Hoffmann (2007, p. 42), con la propiedad de las comunidades indígenas o con la propiedad regulada por el derecho civil colombiano²⁵. Incluso, a través de reglamentos internos las mismas comunidades incorporan la legislación civil colombiana y reconoce el derecho a la propiedad como un derecho individual²⁶ en su concepción clásica²⁷ como el referente normativo para el ejercicio del derecho.

²⁵ Para la tesis propuesta, el ejercicio y reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva es diferente para comunidades negras e indígenas, por lo tanto, no es apropiado seguir los principios de unidad e igualdad para regular este derecho cuando se trata de las comunidades negras. En consecuencia, se justifica la expedición de modelos institucionales diferentes. Aunque, como lo expone Restrepo (2011, p. 41), tanto en el discurso jurídico como en el académico y el político ha predominado en las últimas décadas la idea de que los indígenas son el paradigma de la noción de grupo étnico, y se ha mantenido como paradigma cierto imaginario de una indianidad marcada como tradicionalidad, autenticidad y comunidad (Restrepo, 2011, p. 46), lo que explicaría por qué al hablar de la propiedad colectiva de las comunidades negras inmediatamente se asimila a la propiedad de las comunidades indígenas.

²⁶ Vélez (2009, p. 77) explica que las comunidades negras del Pacífico, incluidos los habitantes de los ríos en Buenaventura, se asentaron en la región sin ningún derecho formal de propiedad, aunque los habitantes del territorio reconocían la propiedad informal individual (o familiar) de parcelas agrícolas. Según Vélez, los habitantes afrodescendientes de la región aceptaron y apoyaron este cambio en el régimen de propiedad, y aunque hay casos en que los habitantes del territorio prefirieron la titulación individual, a través de procesos de socialización se logró la aceptación de la comunidad; la propiedad de las comunidades negras es colectiva mas no comunal, es decir que sería una de las tantas formas asociativas de la propiedad. De esta manera, las comunidades negras tienen, utilizando los términos de Villa (1996, p. 67), un “sentido de lo colectivo” que se aplica a los espacios culturales tradicionales y a su dinámicas organizativas. Aunque, asimilándolos a los indígenas, algunos autores y académicos quisieron construir un concepto de propiedad para estas comunidades donde todos los espacios eran de toda la comunidad, de todos recuentos históricos se puede colegir que las comunidades reconocieron la existencia de partes del territorio que eran de “alguien”, llámese familias o parientes. Como ejemplo Villa (1996, p. 79) señala que aunque en los territorios ocupados por estas comunidades había terrenos de propiedad individual y/o familiar ubicados en los diques aluviales, las playas a orillas del mar y todas aquellas áreas aptas para el desarrollo de cultivos, con límites precisos y uso estrictamente personal o familiar, varias familias podían cultivar un mismo espacio y no se renunciaba a la posibilidad de venta de un lote de terreno. También se constituyeron poblaciones alrededor de las minas.

B. El planteamiento del problema

A partir de las situaciones identificadas en los párrafos precedentes, el problema jurídico que se aspira resolver en este trabajo se plantea a través del siguiente interrogante: ¿Las categorías de derecho fundamental, derecho colectivo y derechos reales son adecuadas y suficientes para explicar el derecho a la propiedad colectiva reconocido a las comunidades negras en Colombia a partir de 1991?

C. La hipótesis de trabajo

La respuesta a este planteamiento dio origen al objetivo principal de la investigación que se desarrolla en estas líneas y que no es otro que explicar el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia para demostrar que:

1. *Argumento principal*²⁸. El derecho a la propiedad colectiva reconocido en Colombia a las comunidades negras, es un derecho sui géneris y *especial*²⁹.

²⁷ Desde un enfoque clásico el derecho a la propiedad coincide con las explicaciones de Lasarte (2008, p. 38). El concepto de propiedad que actualmente habita la mayor parte de los ordenamientos jurídicos procede, en mayor o menor grado, de los dogmas consagrados en Francia a fines del siglo XVIII, que fueron calando en el resto de los códigos Europeos y también en los sudamericanos, muchos de ellos anteriores al propio Código español, inspirados en el *Code Napoléon*.

²⁸ Se trata de la idea principal de la tesis alrededor de la cual se concentran los cuatro capítulos del presente trabajo y se desprenden y deducen otros argumentos que sirven de base para la exposición.

²⁹ Con esta expresión se quiere destacar que se trata de una categoría jurídica distinta a las tradicionalmente consideradas, y es *especial* porque su titular es un sujeto al cual el Estado colombiano le ha reconocido derechos especiales en virtud de la vulnerabilidad e invisibilización a la que fue sometido. Si bien en esta tesis se utiliza el término sui géneris para referirse a una categoría de derecho distinta, un autor colombiano, el profesor Terner (2015, p. 127), lo ha utilizado para referirse a propiedades especiales y a algunas que están al lado de la propiedad clásica u ortodoxa pero que no se explican con el enfoque de derecho propuesto en esta tesis. Así, al lado del modelo de propiedad clásica u ortodoxa que acabamos de estudiar, en nuestra normativa se consagran algunas clases de propiedad que presentan ciertas particularidades, es decir, propiedades especiales o sui géneris como la plural, la mixta, la desmembrada, la que está acompañada de una obligación

Explicación del argumento. El derecho en análisis es de una categoría distinta que no está comprendida de forma excluyente dentro del esquema y clasificación tradicional de la categoría de derecho colectivo o de derecho individual, o en las categorías tradicionales, que en unos casos la asimilan con la propiedad privada regulada por el derecho civil, o, que la incluyen en otros, de manera general en la teoría de los derechos fundamentales.

2. *Argumento derivado.* Los elementos constitutivos y atributos del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras son de naturaleza distinta.

Explicación del argumento. Teniendo en cuenta que es un derecho sui géneris los atributos tradicionales del derecho a la propiedad (entre otros, pleno, perpetuo, general, independiente exclusivo) deben formularse e interpretarse de forma diferente a los tradicionalmente establecidos para otras formas de propiedad, para derechos colectivos, derechos individuales y en la legislación civil colombiana.

3. *Argumento derivado.* En la reglamentación o implementación del derecho a la propiedad de comunidades negras no es apropiado seguir los principios de unidad e igualdad aplicados de forma tradicional entre comunidades indígenas y negras.

Explicación del argumento. Al plantear que se trata de un derecho diferente con nuevos atributos, es necesario encontrar otros principios desde los cuales se lo pueda interpretar. La regulación del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras debe ser intercultural, plural y diversa. La existencia de diferencias en las comunidades negras justifica y exige la expedición de reglas específicas, no solo respecto de las mismas comunidades sino también de otros grupos étnicos del país, como las comunidades indígenas.

En esta disertación se parte de un mandato de aplicación del principio de igualdad, en el cual se trata como iguales a grupos étnicos que tienen similitudes, pero son diferentes y plurales. Ello crea la tensión que se genera al tratar de regular derechos como el de la

de plazo y la que está acompañada de una obligación condicional. También abordaremos la propiedad del Estado, la propiedad colectiva y la propiedad sobre los bienes incorpóreos.

propiedad colectiva en las mismas condiciones del reconocido a las comunidades indígenas³⁰.

D. Interés e importancia de la investigación

Es bueno precisar que, no obstante no es imperativo justificar la importancia teórica de una investigación, es necesario presentar la trascendencia del análisis que se propone, porque, además de contribuir a la generación de conocimiento científico respecto de un derecho que en Colombia no tiene mayor desarrollo normativo, jurisprudencial o doctrinal³¹, los resultados pueden constituir un aporte teórico para reorientar el ejercicio del derecho a la propiedad colectiva y el papel del Estado, además de servir de insumo en la creación de políticas públicas que reconozcan las particularidades que implica el ejercicio de este derecho cuando se trata de comunidades negras y el diseño de herramientas legales que faciliten su aplicación³². Como bien lo explican varios autores, entre ellos Santaella (2010, p. 7), es necesaria la claridad dogmática de los derechos por las implicaciones prácticas que

³⁰ En las precisiones conceptuales volveremos sobre los argumentos que sustentan la concentración de la tesis en las comunidades negras.

³¹ Abordan el tema pero en el nivel de reproducción textual de la normatividad con la que se reconoce el derecho, verbigracia, los trabajos realizados por Garcés (2001), o por el Ministerio del Interior (1996), entre otros, en donde se transcriben el articulado de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 sobre el derecho a la propiedad colectiva y el procedimiento para adquirir la titulación colectiva.

³² Aunque la Ley 70 de 1993, tiene más de veinte años de vigencia, el desarrollo de los derechos reconocidos a las comunidades negras de Colombia, a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991 y del consecuente marco normativo especial (Ley 70 de 1993, Dcto. 1745 de 1995), no ha generado el mejoramiento de las condiciones de vida de esas comunidades. Si bien se ha avanzado en la titulación colectiva y el reconocimiento legal del derecho a la propiedad, mayoritariamente ha sido para la región del Pacífico. Por ejemplo, la mayor parte de los títulos de los 181 consejos comunitarios otorgados en Colombia hasta el año 2012 corresponden a la región del Pacífico, y de manera particular al Departamento del Chocó (60 títulos). De acuerdo con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Radicado n.º 3022 del 5 de junio de 2015, en respuesta a un Derecho de Petición, esos consejos agrupan 71.442 familias en 5.396.910,23 hectáreas en los departamentos de Chocó, Nariño, Cauca, Valle del Cauca, Antioquia, Risaralda y Bolívar.

ello tiene, y además, como señala De Asís (2005B, p. 18), es importante establecer un concepto y un fundamento de los derechos no solo para entender lo que se protege, sino por qué y cómo se protegen ciertos derechos, del tal forma que se pueda incidir al menos conceptualmente, en el diseño de políticas públicas adecuadas y aún más, repensar la aplicabilidad de los mecanismos jurídicos normalmente utilizados para el amparo de los derechos de estas comunidades.

En cuanto al interés, a partir de lo planteado por Robles (1997, p. 285), la elección del objeto de estudio no es nunca neutral, sino que el investigador trata de estudiar aspectos de la vida social que considera relevantes. De ahí que la motivación o decisión de realizar la investigación que se propone tiene su fundamento en varias razones clasificadas en dos grupos: personales y profesionales. De un lado, las razones personales continúan siendo las esbozadas en trabajos anteriores (Hinestroza, 2008, p. 19), es decir que desde el punto de vista personal esta investigación tiene su motivación en un proceso de reconocimiento como integrante de la comunidad afrodescendiente de Colombia y como habitante de la región Pacífica, lo que me ha permitido el contacto directo con realidades locales, ya que el trabajo con consejos comunitarios de comunidades negras del departamento del Chocó despertaron las inquietudes que sirven de sustento al problema de investigación planteado.

En cuanto a las razones profesionales, se sustentan en lo que Recasens (1993, p. 82) ha denominado el “por qué” de la investigación, que consiste en que el hombre siente una urgencia, una penuria, un vacío, una dificultad que le estimula a buscar o imaginar algo; o lo que Carrero (2004, p. 27) propone para explicar y describir el derecho y su posible evolución, así como, aclarar el significado social de las normas jurídicas y su implementación.

De esa manera se suscita una inquietud académica que pretende abrir nuevos espacios para el estudio de los derechos de las comunidades negras, explorando posibilidades diferentes a los enfoques de la mayoría de las investigaciones y estudios relacionados con estas

comunidades, y que tanto la doctrina³³ como la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana han concentrado en desarrollos conceptuales frente al derecho a la consulta previa o al aprovechamiento de recursos naturales en estos territorios; aún más, siguiendo a Borrero (2014, p. 24), los pocos trabajos que existen se concentran más en la descripción del proceso que llevó a la construcción de la Ley 70 y sus efectos, en una especie de ruralización de la problemática desde el énfasis otorgado a la situación del Pacífico³⁴, sin ocuparse del tema específico de los derechos étnicos en clave constitucional, salvo análisis más particulares como los que se han hecho a partir de territorios negros (Coronado Delgado, 2006) o acciones afirmativas y afro reparaciones (Herreño, 2002)³⁵.

I. Precisiones conceptuales

En esta sección se presenta el sustento filosófico, es decir, los enfoques teóricos y las posiciones a partir de los cuales se aborda el análisis de temas que son transversales en el estudio y que sirven de fundamento teórico al desarrollo conceptual propuesto en los capítulos siguientes. La discusión se inicia seleccionando el enfoque desde el cual se analiza el derecho a la propiedad; luego se presentan dos escuelas teóricas en las que se pueden inscribir las discusiones en torno a los derechos de grupo, para determinar si, de

³³ Como lo señalan E. Sánchez, R. Roldán y M. Sánchez (1993, p. 207) en la doctrina colombiana, la mayor parte de los estudios de comunidades negras se ocupan más que todo, y desde un punto de vista descriptivo, de señalar sus modalidades de vida económica y cultural.

³⁴ Para ampliar y acceder a un resumen de los trabajos realizados sobre derechos de las comunidades negras, cfr. G. Borrero (2014). *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia: una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho, Área Curricular.

³⁵ Respecto de trabajos en los que se analizan temas de las comunidades negras pero en relación con acciones afirmativas o reparaciones cfr. C. Mosquera Rosero-Labbé y R. León Díaz (2009). *Acciones afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*. Bogotá: Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Humanas.

acuerdo con la hipótesis de trabajo, el estudio puede adoptar un solo referente teórico o una posición intermedia.

Acto seguido se expone el concepto que se utiliza en esta tesis: el término comunidades negras; a continuación se explican las razones que privilegian la incorporación de principios constitucionales como el multiculturalismo, la interculturalidad y el pluralismo jurídico; finalmente se presentan los argumentos que justifican el por qué del estudio de un derecho reconocido a varios grupos étnicos en el país, pero concentrado en las comunidades negras, explicando sus diferencias. También se exponen los argumentos que justifican la ausencia de un análisis de derecho comparado.

A. El enfoque del análisis del derecho a la propiedad

Lo primero es precisar que el presente estudio no se concentra en profundizar en el origen, evolución y desarrollo histórico de la propiedad como institución, sino en su consagración y protección como derecho³⁶, por eso no se aborda el análisis teórico de las diferencias entre derecho de propiedad y dominio, como se hace en otros estudios, sino que se asumen, al igual que lo hace la legislación colombiana, como términos sinónimos, tal como lo explica, entre otros, Terner (2015, p. 47).

En relación con los estudios en los que se analiza la propiedad como derecho, resulta relevante para esta sección el texto de Rengifo (2011)³⁷ en el que señala que en la historia del derecho civil hay dos teorías principales respecto de la propiedad: una subjetiva y otra

³⁶ Bien explica Rengifo (2011, p. 140) que la terminología jurídica es a veces muy ambigua, como sucede con la palabra “propiedad”, que en ocasiones se usa para referirse a la cosa objeto del derecho, y también para denotar el derecho sobre el bien.

³⁷ Para ampliar la descripción del origen, evolución y desarrollo de cada una de estas teorías cfr. M. Rengifo Gardeazábal (2011). *Teoría General de la propiedad*. Bogotá: Universidad de los Andes y Editorial Temis, pp. 55-161.

objetiva, pero sin dejar de lado una teoría intermedia³⁸. Sin embargo, estas teorías solo nos sirven de ilustración debido a que conciben la propiedad desde la definición estricta de individuo y no de grupo, y por su relación con una cosa.

Una vez ilustrada la orientación que se da en este trabajo al término propiedad, también es necesario establecer que se aborda el estudio del derecho a la propiedad mas no el derecho al territorio o a la tierra como lo hizo, entre otros, Coronado (2006, pp. 47-81), debido a que aquí se pretende explicar el concepto, las características, el fundamento, los poderes, los atributos y las tensiones que se generan con la forma de la consagración legal de ese derecho, aunque no el objeto material de la propiedad como territorio, ni tampoco

³⁸ Para Rengifo la teoría subjetiva, material o privada “fue la primera concepción de la propiedad elaborada por los juristas modernos”. Es la teoría que se aplica en nuestro país y ha sido “... la concepción dominante en el derecho civil europeo y latinoamericano por más de dos siglos”. Según esa posición epistemológica, “...se concibe la propiedad como un derecho real de dominio, es decir, como un poder físico ejercido por voluntad de un titular sobre una cosa de carácter corporal”. Es legado del derecho romano. Bajo esa teoría no tendría cabida lo que se perfila como derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, que será un concepto amplio que no se reduce con exclusividad a un objeto material. Por su parte, la teoría objetiva o pública, que según Rengifo (2011, p. 55) ha tenido menor acogida en el derecho civil, la propiedad “... es una obligación pasiva universal cuyo contenido consiste en abstenerse de perturbar el goce de una cosa, la propiedad no es un poder sobre una cosa corporal, sino un conjunto de relaciones jurídicas entre personas, basta conque las relaciones jurídicas existan, para que podamos hablar sin reparos de propiedad” (2011, p. 161). Sin embargo, esa teoría tampoco puede ser acogida en su totalidad en esta tesis, porque a pesar de incorporar el concepto de relaciones jurídicas responde a la finalidad de la propiedad concebida desde la legislación civil, es decir, continúa con la trascendencia que se le da a la “cosa” y, como bien lo han señalado varios autores entre ellos el de la cita, se termina confundiendo el derecho de propiedad con el objeto de la propiedad (Rengifo, 2011, p. 59). En cuanto a la teoría intermedia, “... pregona que la propiedad no puede entenderse como un poder pleno sobre una cosa corporal o una situación de hecho respetada y protegida mediante la imposición de un deber general de respeto” (Rengifo, 2011, p. 154). Esa teoría como las dos anteriores concibe la propiedad desde la definición estricta de individuo y no de grupo, y por su relación con una cosa. Continuando con Rengifo (2011, pp. 160-161) explica precisamente que la “propiedad no es una institución puramente privada ni tampoco es enteramente pública. La propiedad no es un poder sobre una cosa corporal, sino un conjunto de relaciones jurídicas entre personas”.

“sustentar la fundamentalidad del derecho al territorio de las comunidades negras” (Coronado, 2006, p. 49), por cuanto esa tesis discute la suficiencia de algunas categorías jurídicas³⁹ (derecho real, derecho fundamental y derechos colectivos) para explicar el derecho en análisis como un derecho sui géneris. Sin embargo, se considera que cuando se trata de grupos étnicos como las comunidades negras el derecho a la propiedad tiene el carácter de derecho fundamental⁴⁰, identificando argumentos adicionales a los planteados por Dulitzky (2010, p. 13) y Coronado (2006, p. 69) en cuanto a que también es un derecho cultural⁴¹.

³⁹ Por categoría jurídica se entiende las denominaciones que comprenden la conceptualización de los derechos.

⁴⁰ Respecto del carácter fundamental del derecho a la propiedad de las comunidades negras que ha sido otorgado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional consultar, entre otras, la Sentencia T-955 del 17 de octubre del año 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, que marcó según la Corte “... un hito en la jurisprudencia constitucional relativa a la identidad étnica afro, por ser el primer fallo que amparó los derechos étnicos de una comunidad negra en concreto, los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la cuenca del río Cacarica, los cuales habían sido vulnerados por varias autoridades que autorizaron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales”. Esta sentencia, que ha sido paradigmática y a la cual remiten la mayoría de los pronunciamientos de la Corte relacionados con comunidades negras, también es considerada por González y Duque (2008) como la sentencia hito para la línea jurisprudencial que estudie el derecho a la subsistencia de los grupos étnicos como un derecho fundamental. Ahora bien, se debe destacar que el derecho a la subsistencia es diferente al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

⁴¹ Hay quienes, como Jeremy Waldron (1995) citado por Gargarella (1999, p. 148), no están de acuerdo con la existencia de este tipo de derechos. Waldron hace parte de los liberales que consideran exageradas, y finalmente inútiles o inconvenientes, las discusiones relacionadas con los derechos grupales o culturales. La preocupación por mantener inmaculada (íntegra) una cierta cultura solo se puede lograr mediante un “corte” artificioso, improbable y, sobre todo, injustificable. Las culturas, viven y crecen, cambian y a veces se marchitan; se amalgaman con otras culturas o se adaptan a necesidades geográficas o demográficas. Preservar una cultura, habitualmente es tomar una versión más bien antojadiza de la misma e insistir en que esta versión debe perdurar a todo costo en su definida pureza y sin considerar las circunstancias sociales, económicas y políticas circundantes.

Sin dejar de lado los antecedentes históricos (la incorporación, el reconocimiento y la evolución en relación con las comunidades negras), para construir el análisis del derecho a la propiedad colectiva se parte de la tipificación legal⁴² del derecho, esto es, se utilizan las disposiciones constitucionales y legales en las que se positivizó el reconocimiento del derecho⁴³.

B. El debate teórico por los derechos de un grupo: entre el individualismo, el comunitarismo, la propiedad y los derechos de las minorías

En esta parte se presenta el debate teórico que se suscita al abordar el estudio del derecho a la propiedad cuando es ejercido por un grupo o colectividad, en este caso las comunidades negras. La discusión teórica ilustra la situación que, según Altamira y Crevea (1981, p. 43), a lo largo de la historia aparece como un problema económico, que a la vez incluye el individualismo y el socialismo tanto del Estado como de la sociedad, la familia y el sujeto aislado. Al respecto existen dos doctrinas o escuelas de pensamiento desde las cuales se han presentado los debates sobre propiedad; una, el liberalismo, que presenta dos vertientes: el liberalismo igualitario y el individualismo metodológico que básicamente pregonan la existencia de la propiedad privada individual, y el comunitarismo⁴⁴, que justifica la

⁴² Con ese término se hace referencia a las normas donde el derecho ha consagrado que la propiedad de las comunidades negras es colectiva.

⁴³ En el desarrollo de la tesis se explica el origen y evolución del derecho con las particularidades señaladas, esto es en tratándose de comunidades negras; cfr. capítulo primero.

⁴⁴ Aunque en este trabajo se presentan el liberalismo y el comunitarismo como tesis excluyentes, es necesario mostrar otra faceta o enfoque que en la actualidad se da a este antagonismo. Así, recientemente las dos escuelas o corrientes de pensamiento no se muestran tan alejadas la una de la otra porque algunos de sus elementos o reclamos están presentes en los nuevos argumentos; así lo relata Gargarella (1999, pp. 137-154) al describir que muchos de los ideales del liberalismo son reclamados por los defensores del multiculturalismo que consideran afín al comunitarismo.

existencia de la propiedad colectiva y el reconocimiento de derechos a favor de grupos y en la cual se inscribirían las ideas del colectivismo⁴⁵.

Estas dos líneas de pensamiento tienen posiciones antagónicas: los liberales, siguiendo a Gargarella (1999, p. 137), no reconocen la importancia del contexto social/cultural en la formulación de las elecciones individuales; en sus argumentos resulta absolutamente claro que los individuos se agrupan formal o informalmente en asociaciones que resultan, o pueden resultar, enormemente relevantes para sus miembros. En las explicaciones de Gargarella (1999, pp. 139, 142 y 143) los liberales igualitarios rechazan las intervenciones estatales amparadas en el comunitarismo en materia de moral privada, defienden una política de inacción estatal frente a la diversidad cultural distintiva de muchas sociedades modernas, y consideran que el Estado liberal no debe tomar partido por ninguna minoría que presente una desventaja cultural.

Por su parte, el individualismo metodológico que, de acuerdo con Hayek (1986, p. 4), comenzó su desarrollo moderno a partir de John Locke⁴⁶, y particularmente con Bernard Mendeveille y David Hume⁴⁷, siguiendo a (Lukes, 1975), citado por López Calera (2000, p. 14), rechaza toda explicación del mundo y de la vida que no se exprese totalmente en términos de hechos producidos por individuos. Algunos exponentes de esa doctrina, según

⁴⁵ Ahora bien, entre comunitarismo e individualismo hay una teoría intermedia, que algunos ubican como parte del comunitarismo y se denomina colectivismo, que no es otra cosa que una doctrina social que atribuye a la sociedad las fuentes de la riqueza y al individuo el producto de su libre actividad (*Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, 1956, p. 75).

⁴⁶ En este autor se encuentra el origen histórico de la noción de propiedad privada. “Puesto que el hombre tiene el derecho y el deber a la propia conservación, tendrá derecho a poseer las cosas necesarias para ese fin. Por ello, para Locke, el derecho a la propiedad privada es un derecho natural”

⁴⁷ Por ejemplo, la teoría de la propiedad de Locke, tal como fue planteada en el *Second Treatise of Civil Government*, se considera la piedra fundamental del liberalismo clásico (Vaughn, 1985, p. 4); y al autor el “fundador del individualismo jurídico y moral” (Solari, 1946, p. 34) y uno de los principales exponentes de la existencia de la propiedad privada, como ya se ha señalado.

López Calera (2000, p. 14), como Karl Popper, declaran con “rotundidad que nunca debemos aceptar una explicación en términos llamados colectivos”.

Para Lukes (1975), citado por López Calera (2000, pp. 14-20), en esta corriente los individuos son seres reaccionales e independientes, los mejores jueces de sus propios intereses y no hay poder legítimo sin el consentimiento individual de los ciudadanos; el poder representa los intereses individuales y nunca estamentos, clases o grupos, y su gran deber es proteger los derechos individuales y dejar hacer. Además, “lo colectivo es una construcción de los individuos, no es algo natural sino artificial”, los derechos individuales son derechos inalienables y sagrados, y lo individual tiene, *prima facie*, prioridad sobre los intereses sociales.

Esta teoría, ya sea desde el liberalismo igualitario o desde el individualismo metodológico, especialmente desde este último, genera contradicción frente al derecho a la propiedad colectiva, porque desconoce la necesidad social de reconocer como sujetos de derechos a las comunidades negras, pues con la Constitución de 1991, más que el reconocimiento de la existencia del individuo “negro” o afrodescendiente, o afrocolombiano⁴⁸ como persona natural e individualmente considerada, se dio reconocimiento y protección a la colectividad, esto es, al grupo étnico; nótese, por ejemplo, que el artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991, única disposición constitucional en la que de forma expresa aparece el término “propiedad colectiva” como la forma de propiedad de estas comunidades, desarrollado posteriormente por la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 se refiere a “comunidades negras”⁴⁹. No se puede desconocer que el reconocimiento

⁴⁸ Los términos afrodescendientes y afrocolombianos se utilizan como sinónimos, pero son diferentes al término “comunidades negras”. Siguiendo a Paz (2014, p. 31), de la Carta Magna de 1991 surgió el sujeto colectivo denominado comunidades negras. Como sujeto colectivo, como grupo, es la orientación que se adopta en esta disertación.

⁴⁹ Coronado (2006, p. 48) señala que en Colombia el reconocimiento de la población afrodescendiente como sujeto colectivo de derechos es un proceso que encuentra en la Constitución Política de 1991 uno de sus

del derecho se hizo a un sujeto colectivo: *Las comunidades negras, de la cuenca del Pacífico y de otras zonas en condiciones similares*.

De esa manera, aceptar la tesis del individualismo metodológico sería anular la posibilidad de que existan grupos étnicos, tendencia que también es predicada por quienes reconocen la universalidad de los derechos, y a la vez refutada por quienes consideran que los grupos étnicos existen social e históricamente. Uno de los reconocidos exponentes de esta posición es Kymlicka (2009, p. 307), para quien no hay ninguna razón para esperar que la petición de respeto y reconocimiento de las minorías vaya a desaparecer en un futuro cercano. Respecto de las posiciones de este autor volveremos en párrafos siguientes al hablar de multiculturalismo. Retomando a Gargarella (1999, p. 142), el citado individualismo llevó a que los liberales dieran absoluta primacía a los derechos individuales y que defendieran de modo casi excluyente el ideal de la autonomía personal, lo que los hizo presuponer que los individuos anteceden a cualquier sociedad o cultura.

La doctrina del individualismo metodológico sería perfecta para definir el derecho a la propiedad bajo una visión privatista e individualista, elementos que en algunas oportunidades están presentes en la forma en que se ejerce el derecho a la propiedad en territorios colectivos de comunidades negras⁵⁰, pero no definen en su totalidad el contenido y los atributos del derecho, como se describirá en el capítulo segundo de esta tesis.

Por el contrario, el comunitarismo centra su interés en las comunidades y en las sociedades, y no en el individuo. De acuerdo con López Calera (2000, p. 156), el comunitarismo es un complejo diverso, o no unitario, de doctrinas que tratan de justificar la necesidad de recuperar la dimensión social del sujeto moral, y que apuestan por la naturaleza social de la persona humana. Taguieff (2003) explica que desde el comunitarismo se pretende someter

momentos más significativos. Así, en diferentes disposiciones, el constituyente definió el reconocimiento de derechos especiales en cabeza de los descendientes de africanos en Colombia.

⁵⁰ Por ejemplo, la Junta del Consejo Comunitario divide el territorio adjudicado y traspasa el usufructo a individuos y familias; se puede hacer venta de usufructo de los traspasos individuales, pero no en su totalidad. Este aspecto se describirá en el capítulo tercero del presente trabajo doctoral.

a los miembros de un grupo determinado a las normas que se suponen propias de ese grupo (su comunidad). Esta doctrina legitima la reconstrucción de agrupaciones de individuos por sus orígenes, y reconoce, además, la existencia de las diferencias culturales de las minorías.

De acuerdo con Siede (s.f), esta corriente de pensamiento pregonaba que todo lo que es básico para la ética deriva de los valores comunitarios: el bien común, los objetivos sociales, las prácticas tradicionales, y virtudes como la solidaridad y la cooperación. Además, que los individuos solo pueden crecer y autorrealizarse dentro de un contexto particular, y que las obligaciones están determinadas por el rol social que cada miembro de la sociedad tiene asignado; además, afirma la existencia de una estructura social que es condición para el desarrollo de las potencialidades del hombre. De acuerdo con las explicaciones de Gargarella (1999, p. 125), al interior del núcleo de autores asociados con esta corriente se ubican Charles Taylor, Michael Sandel y Alasdair MacIntyre. Continuando con Gargarella (1999, pp. 127-128), para el comunitarismo la identidad de la persona está profundamente marcada por la pertenencia a ciertos grupos, y la identidad se construye teniendo en cuenta de dónde proviene el individuo. Al relacionar esta teoría con el objeto de estudio de esta investigación (el derecho a la propiedad colectiva), en principio estaría comprendida la justificación de la existencia de las comunidades negras como una comunidad que se caracteriza no solo por su aspecto constitutivo (se organizan formalmente en consejos comunitarios), sino porque además comparten una historia, unos valores y prácticas comunes.

Sin embargo, no todas las comunidades negras de Colombia comparten la misma “base de prácticas” y “entendimientos implícitos” pregonados por el comunitarismo; nótese, por ejemplo, la descripción de Betancur y Coronado (2012, p. 11) al explicar que sigue pendiente la tarea de hacer efectivo el reconocimiento de la diversidad de las ocupaciones del territorio de las comunidades negras que habitan tradicionalmente en cada región, porque en su calidad de pueblos tienen particularidades históricas y regionales que condicionan la forma en que su territorialidad es entendida, ejercida, desarrollada y defendida por las propias comunidades. Aun en zonas que se reconocen como regiones con

ciertas condiciones homogéneas, la ocupación de las comunidades negras tiene en su interior características diversas en cuanto a los aspectos culturales, ambientales y locales.

Así pues, según Gargarella (1999, pp. 140, 143), el comunitarismo muestra una prioritaria preocupación por la preservación de ciertos contextos culturales y promueve el otorgamiento de derechos especiales a determinados grupos o minorías culturales desventajadas y le otorga prioridad a la integración de los individuos en su comunidad.

Por consiguiente, sin que en esta tesis se adopten posiciones extremas, claramente los postulados del comunitarismo sirven de fundamento para el citado argumento central, sin olvidar que se aspira a construir argumentos que sustenten el derecho en análisis como un derecho sui géneris; en tal sentido, por las características mixtas o el híbrido⁵¹ que se creó con el derecho a la propiedad colectiva, no se pueden asumir en forma “exacerbada” (Peces Barba Martínez, 2001, p. 13) los postulados de las escuelas que hasta aquí se han presentado, porque este tipo de derechos comprendería diferentes elementos.

Además, tanto el comunitarismo como el liberalismo en sus dos vertientes son objeto de críticas y generadores de conflictos; por ejemplo, como señala Papacchini (1996, p. 235), desde el comunitarismo quedan desplazados a un segundo plano los derechos, destacando más bien la importancia de aquellos deberes de lealtad con el cuerpo común sin los cuales no pueden subsistir ni libertades ni derechos, o hay postulados del liberalismo, como ya se señaló en las notas de referencia, que hacen parte de reclamos de las minorías como el reconocimiento de derechos.

C. El concepto de comunidades negras

⁵¹ Tal apreciación se puede ejemplificar con lo establecido en los artículos 6.º y 7.º de la Ley 70 de 1993.

El término comunidades negras es relativamente reciente en el lenguaje de las normas que integran el ordenamiento jurídico colombiano⁵², por lo que resulta imperioso establecer el concepto que se utilizará para esta disertación. Por lo tanto, en este acápite de la introducción se presentan las diferentes perspectivas que se generan al utilizar el término, finalizando con el enfoque acogido.

De manera reciente, y a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, aparecieron en el contexto nacional las comunidades negras. La forma de su reconocimiento se dio, como lo expone Arocha (2004, p. 160), a través del artículo 55 transitorio, transformado en la Ley 70 de 1993, que legitimó los territorios ancestrales de estas comunidades mediante la titulación colectiva. No obstante, Arocha (1999) comprobó que ya desde la primera mitad del siglo XVIII descendientes de cautivos africanos habían comenzado a poblar el país.

Aún más, según Alingue citado por Arocha (2004, p. 161), antes de la carta constitucional y en épocas de la colonia los negros esclavizados eran equiparados con bienes muebles; en el periodo republicano fueron catalogados como incapaces de ejercer dominio territorial por pertenecer a razas inferiores y en la actualidad se han atribuido sus identidades no a la realidad de su historia sino a los imaginarios de los académicos⁵³.

⁵² Es necesario indicar con Paz (2014, pp. 23-25) que los afrodescendientes que antes de 1991 estaban invisibilizados en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir del artículo transitorio 55 de la Constitución Política han sido destinatarios de múltiples garantías jurídicas como sujetos colectivos, entre las que se destacan los derechos respecto de las tierras y territorios ocupados ancestralmente. Además, el autor explica que fue a partir del reconocimiento constitucional y legal que se produjo una visibilización desde lo jurídico y, en consecuencia, se formularon políticas con el objeto de materializar los propósitos y fines del Estado con esta población específica. En el texto de S. Mosquera Mosquera (2004). *La gente negra en la legislación colonial*. Medellín: Editorial Lealón, se hace un resumen que permite comprender y explicar la legislación colonial referida a los afros granadinos, que justificó la esclavitud durante la Colonia.

⁵³ Agudelo (2004, p. 183) explica cómo los antropólogos iniciaron en el país la identificación de la cultura negra mediante estudios relacionados con las especificidades culturales de diversos grupos de poblaciones negras asentadas en espacios rurales, especialmente en el Pacífico. Algunos intelectuales negros participaron

De allí que inicialmente el concepto de comunidad negra⁵⁴ acogido en el país haya sido el consagrado en el artículo 2.º en la Ley 70 de 1993, que establece como tal al conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, y que revelan y conservan una conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos.

El término comunidad negra no se define en ningún texto legal del país, aunque existen, como lo sostienen Enrique Sánchez et al. (1991, p. 207), desde el enfoque antropológico⁵⁵ diversidad de estudios y ensayos que se han ocupado, más que todo desde un punto descriptivo, de señalar las modalidades de la vida económica y cultural de las comunidades negras. Con ese término se alude en tales trabajos a todos aquellos núcleos de población que habitan amplios territorios de la Costa Pacífica, de la Costa Atlántica y de otras áreas

en esta dinámica haciendo énfasis en la diferencia cultural pero sin llegar hasta las reivindicaciones territoriales.

⁵⁴ Bonilla (2009, p. 16) explica que hay un amplio acuerdo en torno a que en la comunidad negra se destacan cuatro grupos poblacionales: i. Los que viven en las zonas rurales y ribereñas de la cuenca del Pacífico, a quienes principalmente va dirigida la Ley 70 de 1993. Estas comunidades están constituidas por grupos de familias que habitan los bosques húmedos y zonas bajas del Pacífico colombiano, y que incluyen dentro de sus tradiciones elementos de las culturas africanas a las que pertenecieron sus ancestros; ii. Los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, constituidos en grupos de familias negras de ancestros africanos que hablan inglés del Caribe o criollo (mezcla de inglés y español), y quienes en su mayoría pertenecen a la Iglesia Bautista; iii., Los que conforman el palenque de San Basilio, en el departamento de Bolívar, poblado fundado por negros cimarrones en el siglo XVII y conformado por familias negras de ascendencia africana que hablan su propio idioma, el Bandé o palenquero, y iv. Los negros que habitan las zonas urbanas del país. Por lo tanto, hay un amplio acuerdo en que las comunidades negras habitan regiones muy disímiles a lo largo del territorio nacional, y en que muchas de ellas, no solo las que habitan la cuenca del Pacífico, se autodefinen como culturalmente distintas a la sociedad mayoritaria mestiza, católica e hispanoparlante.

⁵⁵ Este mismo punto es explicado en el texto de J. Paz (2014) *Los afrocolombianos y el territorio. Análisis desde la teoría de la captura del estado*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

del interior del país, que remontan su origen familiar a los hombres y mujeres africanos, traídos como esclavos a lo largo de la época colonial.

Para la jurisprudencia constitucional colombiana, el término comunidad negra no es “peyorativo o negativo, ni se ha utilizado con el ánimo de discriminar a los afrocolombianos”, y ha sido empleado frecuentemente en diferentes providencias que abordan temas relacionados con “la exigencia de la consulta previa, en tutelas referidas a conductas discriminatorias o al desconocimiento del derecho a la igualdad, en la ley estatutaria de circunscripción especial para las comunidades negras, entre otras [...] en sentencias y autos relativos a víctimas de la violencia y del desplazamiento forzado para ordenar a las entidades competentes la protección de los derechos de las víctimas que pertenecen a estas comunidades”, entre otros⁵⁶.

Para la jurisprudencia constitucional del país las comunidades negras son “sujetos colectivos titulares de derechos”, y se ha reconocido que “las comunidades negras se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio 169 de la OIT al definirse como un grupo étnico con una identidad cultural diferente a la de la sociedad dominante” (Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2013).

De acuerdo con sus últimos pronunciamientos, la posición de la Corte es que el término comunidad negra, y por ende la Ley 70 de 1993, es aplicable a toda la comunidad afrodescendiente, asentada en zonas rurales o urbanas, independientemente de su forma de organización; además, que “... el color de piel no es un factor determinante del reconocimiento de un sujeto como perteneciente a una comunidad étnica y de la consiguiente protección de sus derechos”. No obstante, también ha diferenciado entre los mecanismos que se aplican a las comunidades negras y las acciones afirmativas que se aplican a todos los afrodescendientes del país (Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2013).

⁵⁶ Esta posición se puede ver en Corte Constitucional. Sentencia T-558 del 10 de julio de 2003, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Según Oslender (2008, p. 101), el término comunidad negra surgió como un concepto político en la medida que sugiere una red social de individuos en interacción que comparten un sentido de pertenencia y unos modos de pensamiento o expresión que evocan y articulan como herramientas en la política cultural de la gente negra del Pacífico colombiano; sin embargo, es inevitable observar diferencias considerables entre las distintas poblaciones negras.

Vale la pena destacar que en Colombia se han identificado cuatro posiciones en relación con las comunidades negras. Una primera corriente, presente entre otros, en autores como Nina S. de Friedmann y Jaime Arocha (quienes contribuyeron con sus trabajos al reconocimiento como grupo étnico de estas comunidades), y en los informes del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), en la que no se reconocía a las comunidades negras como grupo étnico, sino como miembros de la sociedad colombiana que, incluso, en una primera etapa ni siquiera eran sujetos de derecho.

El segundo planteamiento, acogido por la doctrina, el marco normativo colombiano y por la jurisprudencia de la Corte⁵⁷, es producto de todo el proceso previo a la constituyente de 1991^[58], y desde el cual se reconoce a estas comunidades como grupo étnico con derecho al

⁵⁷ En la doctrina se pueden consultar, entre otros, Agudelo (2004) y Arocha (2004).

⁵⁸ Narra Agudelo, (2004, p. 184) que a principios de 1990, con la presencia en el escenario político nacional de un movimiento campesino negro, al reivindicar su alteridad étnica y sus derechos territoriales y cuyas expresiones más fuertes se localizan en el departamento del Chocó, se inició el proceso de reconocimiento de la forma de apropiación del territorio como un derecho. Las organizaciones campesinas de negros, con el apoyo de la Iglesia a través de sus comunidades eclesiales de base, reclamaron el reconocimiento de la propiedad del territorio en el cual habitaban y desarrollaban sus prácticas productivas que eran ecológicamente apropiadas en correspondencia con su tradición cultural. El discurso fue produciendo un proceso gradual de articulación entre el derecho a la propiedad de la tierra, la autodefinición como grupo étnico y la preservación de la naturaleza. La alegación con respecto al derecho a la propiedad de la tierra se inspiró en la reivindicación clásica campesina, pero articulada a una especificidad cultural, a su vez impulsada por un proceso organizativo de los indígenas del Chocó, a los que se suman la Asociación Campesina Integral del Atrato (ACIA) con el apoyo de la Iglesia y el Proyecto DIAR a quienes se les reconoció el derecho de

reconocimiento de derechos especiales y diferenciados, entre ellos el derecho a la propiedad colectiva; esta postura resulta relevante para la investigación y ha sido, según Restrepo (2011, p. 43), objeto de múltiples disputas. Una tercera posición que asimila las comunidades negras como un grupo étnico con los mismos derechos de las comunidades indígenas, es acogida principalmente por la academia⁵⁹ y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Finalmente, una cuarta tendencia considera que las comunidades negras, más que un grupo étnico, son una invención de la academia y de la iglesia, línea argumentativa pregonada principalmente por antropólogos y sociólogos, entre ellos Restrepo (2011, 2013), quienes utilizan la expresión “etnicidad negra” o etnización para referirse a este fenómeno.

Para esta investigación las comunidades negras no son una invención, sino un grupo étnico con derecho al reconocimiento de los derechos de los cuales siempre han solicitado reivindicación; distinto es, como se expondrá, que ese reconocimiento legal parta de mitos y no de realidades. Coincidiendo con Paz (2014, p. 31), el término en discusión se identifica con el sujeto colectivo que emerge a partir de la Carta Magna de 1991 en el artículo 55 transitorio. Sin embargo, en la investigación y con fines principalmente prácticos y no “degradantes” o “irrespetuosos” con la dignidad humana, como ha mostrado Paz (2014, p. 129), los términos “negro, negras” se acogerán en el sentido de comunidades negras, comunidades a las que el Estado colombiano les ha reconocido como propietarios colectivos; es decir, aquellas que han pasado por un proceso de titulación, que están organizadas formalmente, en el máximo órgano de administración interna de un territorio

manejo del área ocupada mas no se les otorgaron títulos de propiedad (Agudelo, 2004, p. 186). Indudablemente, la experiencia de las organizaciones rurales del Chocó, considerada como punto de referencia en cuanto a procesos organizativos y de movilización, llevó a la creación de la Coordinadora Nacional de Comunidades Negras, que define como eje principal de su lucha la exigencia del derecho al territorio para las poblaciones negras del Pacífico.

⁵⁹ Verbi gracia, la descripción presentada por Wade (2011, p. 25) también describe cómo el Estado, la Iglesia y los mismos afrocolombianos invirtieron mucha energía y muchos recursos en la construcción de la imagen de la comunidad negra de la costa pacífica, una imagen culturalista, regionalista e indigenizada.

titulado denominado consejo comunitario en los términos de la Ley 70 de 1993 y sus normas reglamentarias; y no el concepto pregonado por la jurisprudencia en cuanto a que la Ley 70 de 1993 es para todos los afrocolombianos del país.

Dicho de otra manera, para esta tesis el término comunidades negras se circunscribe a los consejos comunitarios a los cuales se les ha reconocido y adjudicado el derecho a la propiedad colectiva de los territorios tradicionalmente ocupados en los términos y exigencias de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995. La “razón de fondo de esta elección conceptual” (Paz, 2014, p. 31) tiene que ver con que la propiedad colectiva es la titular formal del derecho, un sujeto “comunidad negra”, y no una persona individualmente considerada con las particularidades y salvedades que se explicarán más adelante. Además, los consejos comunitarios tienen una estructura y unos acuerdos internos que permiten evidenciar las facultades y atributos que se derivan del ejercicio del derecho a la propiedad, aspectos que serán explicados en los capítulos segundo y tercero⁶⁰ de este trabajo.

De conformidad con la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, una comunidad negra está organizada en lo que la misma legislación denominó “Consejo Comunitario”, es decir, la persona jurídica que ejerce como máxima autoridad de la administración interna del territorio colectivo, de acuerdo con los mandatos constitucionales, legales y el derecho propio de cada comunidad. Aunque en la legislación no se determinó si son personas

⁶⁰ En esta tesis también se debe indicar que hay autores como Paz (2014, p. 128-129) que no están de acuerdo con el uso del término comunidad negra, como se puede evidenciar en la siguiente cita: “Por eso es importante recalcar desde la teoría jurídica por qué el legislador colombiano, tanto en la Ley 70 de 1993, como en documentos oficiales de la administración se refiere a los descendientes de los africanos esclavizados como ‘comunidades negras’. La introducción de esta expresión hace parte del lenguaje corriente y el ‘mundo de normas’ del ordenamiento jurídico colombiano multiplica y autoriza su uso. Esto significa mucho más de lo que aparentemente se entiende, ya que el mensaje subyacente que contiene está relacionado con el desconocimiento e irrespeto de la dignidad humana, pero ahora no sólo desde las categorías culturales de la sociedad hegemónica sino desde el mundo del derecho”.

jurídicas de derecho público o privado. Sin embargo, en la práctica se les aplican normas de derecho privado⁶¹.

No obstante que desde el discurso oficial se habla de los Consejos como el resultado del “reconocimiento” de las estructuras comunitarias preexistentes entre los pobladores del Pacífico, en realidad los consejos comunitarios se constituyen en una figura de autoridad nueva entre estas comunidades. Ello, en virtud de que en la historia de las comunidades negras no existe un registro de formas tradicionales de autoridad en el manejo de los espacios colectivos o en el control social que potencie estas nuevas formas de gobierno (Martínez, 2010, p. 34).

Entonces, se trata de una figura de creación legal, al punto que el marco normativo (Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995) prevé una estructura jerárquica para su funcionamiento, integrada por una Asamblea General, una Junta Directiva y un Representante Legal.

La Asamblea General es la máxima autoridad del Consejo Comunitario y está conformada por las personas que este reconozca, de acuerdo con su sistema de derecho propio y que estén registradas en el censo interno. Se reúne ordinariamente cada año para la toma de decisiones, para el seguimiento y evaluación de las labores de la Junta del Consejo Comunitario, para tratar temas de interés general y, extraordinariamente, antes de solicitar el título colectivo o cuando lo estime conveniente. La toma de decisiones en ese espacio se hace preferiblemente por consenso, y de no lograrse este se procede a decidir por la

⁶¹ “Mientras no exista una norma positiva que señale que los consejos comunitarios son entidades de derecho público, estos se sujetarán a la normatividad que regula las personas jurídicas de derecho privado” (Ministerio del Interior, Dirección General de Comunidades Negras, 2001, p. 9). Por ejemplo, Múnera (1993, p. 36) explica que los consejos comunitarios son formas de organización interna de las comunidades negras, con el carácter de personas jurídicas de derecho privado. Para Ocampo (1996, p. 25) el consejo comunitario es, pues, un órgano con importantes y variadas funciones que debe inspirarse siempre en la tradición grupal, y en el respeto a los valores ecológicos y culturales.

mayoría de los asistentes. La Junta Directiva y el representante legal son los órganos ejecutivos del consejo comunitario.

Sin embargo, amparado en el derecho de autonomía y de autogobierno cada consejo decide su forma de integración y de funcionamiento. De ahí que adicionan a la estructura propuesta en la legislación las figuras de los consejos locales, los consejos zonales, los “comités”⁶², que ayudan a administrar la propiedad colectiva. Por ejemplo, en el departamento del Chocó un consejo comunitario tiene un consejo comunitario local que integra varias veredas, corregimientos, o pequeños pueblos que hacen parte del territorio colectivo. Esa instancia, que puede verse como local, resuelve problemas intermedios en cada comunidad, pero, teniendo en cuenta las directrices del Consejo Comunitario Mayor.

Para tomar sus decisiones, además de la legislación, en el consejo comunitario se crean documentos formales denominados “Reglamentos Internos”⁶³ que también pueden ser generales y locales. Estos reglamentos son contruidos en teoría por todos los miembros de

⁶² A manera de ilustración, el artículo 60 del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA) señala: “Artículo 60. *De los Comités Sectoriales para el etnodesarrollo.* Son instancias especializadas para la gestión de políticas y planes socioeconómicos determinados por la Junta directiva y de Gobierno del Consejo Comunitario General. Su responsabilidad es técnica y operativa. En cada comité se tendrá la participación de uno o más miembros de la Junta directiva y de Gobierno. El Consejo Comunitario General del río Baudó y sus Afluentes (ACABA) tendrá los siguientes comités de trabajo: Comité de cultura, festividades patronales propias y etnoeducación; Comité de recursos naturales y el ambiente; Comité de salud; Comité de recreación y deportes; Comité productivo agropecuario; Comité de infraestructura y servicios...”.

⁶³ Los consejos comunitarios, considerados como la máxima autoridad de administración interna, son personas jurídicas, pero la normatividad no determina si son de derecho público o de derecho privado; cabe resaltar que al ser los consejos comunitarios personas jurídicas tienen la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y ser representados judicial y extrajudicialmente. Mientras no exista una norma positiva que señale que los consejos comunitarios son entidades de derecho público, estos deberán sujetarse a la normatividad que regula las personas jurídicas de derecho privado, lo cual trae como consecuencia que debe existir una coordinación con las demás entidades públicas y privadas para la consecución de los fines de las comunidades negras del país (Ministerio del Interior, Dirección General para comunidades negras, 2001, p. 9).

la comunidad y adoptados en asamblea general o asamblea local y en ellos se establecen los acuerdos básicos en torno al uso y aprovechamiento del territorio colectivo y los recursos naturales, la asignación de áreas a cada familia, la designación de espacios de uso colectivo, los porcentajes que se deben pagar por la explotación de los recursos naturales, y los derechos y deberes de los miembros del consejo comunitario.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que los consejos comunitarios tienen una estructura parecida a una sociedad en los términos del Código de Comercio, incluso con fundamento en el derecho propio de las comunidades que, como se refleja en sus reglamentos, está influenciado en gran medida por la legislación civil y comercial vigente en el país, verbigracia, establecen condiciones para la extinción del Consejo, lo que contradice los principios de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995^[64], o son muy comunes términos como asociados, propiedad privada, personería jurídica, libros de contabilidad, libro de actas, libro de estados financieros, algunos incorporan expresiones como atributos, comuneros, avecindados, poseedores, mandatarios, asamblea ejidal, junta de vecinos, mojones, entre otros⁶⁵.

⁶⁴ Se afirma que contradice porque los consejos comunitarios se crearon para recibir en propiedad colectiva las tierras ocupadas tradicionalmente por las comunidades y así garantizar su derecho a la propiedad colectiva y a la identidad étnica. No se sabe qué sucede con el título colectivo otorgado si se disuelve un consejo. Ley 70 de 1993. “Artículo 5.º. Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional”. Al respecto cabe traer a colación un ejemplo de su conceptualización como sociedad: el Consejo Comunitario Asocasan señala en el “Artículo 25: *Disolución*. El Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan (ASOCASAN) se disolverá por las siguientes causas: Por reducción de sus miembros a un número inferior de 20; Por acuerdo de las dos terceras partes de la asamblea general reunida para tal efecto en dos días diferentes y cuyas actas estén acreditadas por las firmas de los asistentes; Por decisión de la Cámara de Comercio mediante Resolución motivada contra la cual podrán interponer los recursos de vía administrativa y contenciosa previstos en el Decreto 01 de 1984; Por incapacidad para cumplir con su objeto social”.

⁶⁵ Como muestra el artículo 16 de la Propuesta de Reglamento del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (COCOMOPOCA): “El comunero participará en la explotación

En esta tesis⁶⁶ se considera que la figura de los consejos comunitarios es de naturaleza distinta a otro tipo de personas jurídicas como fundaciones o sociedades comerciales. Por ejemplo, si un consejo se constituye para adquirir la titulación colectiva no puede liquidarse ni disolverse por las causas previstas en la legislación comercial, no se generan utilidades, sus miembros no son socios sino integrantes de familias que conforman el consejo, y no se pueden reclamar dividendos o reinversión de utilidades.

Pasando la página de su estructura, en la actualidad una fuente de discusión son las funciones atribuidas a los consejos comunitarios, quienes, como autoridad de administración interna y titular formal del derecho a la propiedad, tienen una potestad normativa que los faculta para reglamentar aspectos relacionados con las funciones asignadas en la ley. Sin embargo, no obstante los reclamos de las comunidades, esta potestad normativa se restringe a aspectos internos como la conservación de los recursos naturales, las prácticas tradicionales y la zonificación del territorio, pues es una figura que no encuadra fácilmente en el ordenamiento jurídico del país por lo que no tiene espacios para su desarrollo, ni capacidad institucional y financiera para cumplir las funciones asignadas.

D. Los principios tradicionales

Otro punto importante para el estudio propuesto es el abanico de principios que se abre al hablar de minorías⁶⁷. La lista puede comenzar por relacionar, entre otros, el pluralismo⁶⁸, el

de tierras colectivas de uso común, en la forma y términos que establezca la Asamblea, debiendo quedar constancia en el acta respectiva”.

⁶⁶ Por lo extenso del tema y las implicaciones prácticas de la tarea investigativa, puede ser objeto de otra disertación centrarse en analizar la figura de los consejos comunitarios de las comunidades negras que, no obstante ser mencionados en esta tesis, no se profundiza en ellos. Otro ejemplo: se reconocen las funciones de la institucionalidad tradicional como los departamentos, alcaldías y la nación, al igual que las decisiones de otras autoridades como Inspecciones de Policía, Comisarias de Familia, Personería, etc.

⁶⁷ López Calera (2000, p. 26) explica que los tres casos de diversidad cultural más importantes hoy en día son las “minorías étnicas”, las “minorías nacionales” y las “minorías migratorias”.

multiculturalismo⁶⁹, la igualdad⁷⁰, la interculturalidad y la solidaridad. Pero, de todas formas, es “preciso que existan principios que justifiquen” (Walzer, 1993, p. 18) la opción teórica que se haya seleccionado para abordar un tema tan complejo como el estudio del derecho a la propiedad. En esta tesis se privilegia el análisis de tres principios que en Colombia están incorporados en la carta constitucional, a saber, el pluralismo, el multiculturalismo y la interculturalidad⁷¹, ya que “dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política” (Walzer, 1993, p. 19) de plantear una categoría de derecho a la propiedad colectiva con un matiz distinto; además, los tres principios se

⁶⁸ Para Walzer (1993, p. 18) el pluralismo no nos exige aprobar cada criterio distributivo propuesto, ni aceptar a todo potencial agente distribuidor. Puede considerarse que existe un principio único y un solo tipo legítimo de pluralismo. Pero de todas maneras, este sería uno que abarcaría una vasta gama de formas de distribución.

⁶⁹ Bonilla (2009, p. 10) señala que la Constitución de 1991 reconoció por primera vez en la historia el carácter multicultural del Estado colombiano. La Carta Política consagró un conjunto de principios y derechos que valoran la diversidad cultural del país y proveen herramientas concretas para que las minorías culturales, particularmente las comunidades indígenas, protejan y reproduzcan sus tradiciones.

⁷⁰ Bernal Pulido, C. (2005, p. 257) explica los mandatos de la igualdad. Para esta tesis el mandato número 4 es necesario, fue incorporado al inicio de la introducción y sirve de fundamento para argumentar que, no obstante las comunidades negras y los indígenas son grupos étnicos con algunas similitudes, en tratándose del reconocimiento y ejercicio de sus derechos se deben respetar las diferencias y no intentar protegerlos de la misma manera. Así: “El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato prioritario a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)”.

⁷¹ Aunque no está consagrado de forma expresa el término interculturalidad.

pueden englobar y son expresión del principio macro de la diversidad étnica y cultural⁷², aunque sea la interculturalidad el principio fundamental que orienta la propuesta como derecho sui géneris.

En este apartado, también es necesario precisar, que, para este estudio, tal como lo ha explicado Kymlicka⁷³ (1996) y López Calera (2000, p. 26) los principios del

⁷² En esta parte de la tesis se siguen las explicaciones sobre diversidad étnica y cultura de M. Gutiérrez Quevedo (2011). “Pluralismo jurídico y cultural en Colombia”. En *Revista Derecho del Estado*. n.º 26: “Con cita de Rouland (2000) describe que la *diversidad* es variedad, desemejanza y diferencia. *Diversidad cultural* ‘es la aceptación de la alteridad ligada al asentimiento de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental’. El principio de diversidad étnica y cultural se articula desde la igualdad. Admitiría la variedad de poblaciones en condiciones de ‘igualdad’ de derechos de ciudadanía pero ha de considerar su historia y riqueza ancestral, que debe ser protegida. El respeto a la diversidad está relacionado ineludiblemente con la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales, base de la supervivencia y vida de los pueblos indígenas. La estructura pluralista del Estado colombiano acepta la multiplicidad de formas de vida, de sistemas de comprensión del mundo y los diferentes modos de ser y de actuar (valores, creencias, actitudes y conocimientos)”;

[<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2880/3040>].

⁷³ Will Kymlicka autor canadiense reconocido en temas de derechos humanos por defender la existencia de estados multiculturales y los derechos diferenciados para grupos señala que, “... en la actualidad la mayoría de países son culturalmente diversos” (1996, p. 13). Parte de las ideas presentadas se asientan en su obra de 1996. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Carme Castells Auleda (trad.). Editorial Paidós, que hace parte de la argumentación y es complemento de otros textos del autor como W. Kymlicka (2003). *La política vernácula, nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. T. Fernández y B. Eguibar (trads.). Barcelona, Paidós Ibérica (original publicado en 2001); W. Kymlicka y Banting Keith (2007). *Derechos de las minorías y estado bienestar*. F. Ibarra (trad.). México: Universidad Nacional, y W. Kymlicka (2009). *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. F. Beltrán (trad.). Barcelona: Paidós Ibérica (original publicado en 2007). En el texto de 1996, organizado en nueve secciones o capítulos, el autor define el multiculturalismo como diversidad cultural, presentando dos modalidades de la misma (la de minorías nacionales y la inmigración individual y familiar), al igual que la necesidad de complementar los derechos humanos tradicionales con los de las minorías, rechazando las posiciones radicales que pregonan la existencia de derechos humanos universales, o la necesidad de “subsumir los derechos de las minorías bajo la categoría de derechos humanos” (1996, p. 17). Explica,

multiculturalismo son esenciales para entender la justificación de la existencia de las diferencias culturales, aunque tratadistas colombianos como el profesor Borrero (2014, pp. 15, 16, 121) refutan la materialidad de los llamados derechos multiculturales dirigidos a la protección y fortalecimiento de los grupos étnicos del país y en general, del

además, tres formas de derechos diferenciados en función del grupo (de autogobierno, de representación y políticos); define cultura como un sinónimo de nación o pueblo más que costumbres o civilización. También aporta tres argumentos (la igualdad, la historia y la diversidad cultural) como justificación del reconocimiento de derechos diferenciados a las minorías en función del grupo. De hecho, afirma que "... el término derechos colectivos resulta de poca ayuda a la hora de describir las formas de ciudadanía diferenciada en favor del grupo" (1996, p. 71). Su planteamiento del reconocimiento de derechos diferenciados como otra categoría de derechos que pueden ayudar a corregir las desventajas sociales (igualdad y justicia social) sirve de fundamento para reforzar que se requiere un tratamiento diferente para el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, porque bajo los parámetros tradicionales desde los cuales se ha consagrado y reglamentado, no es posible comprender que se trata de un derecho diferente y que, por ende, necesita nuevas estrategias y políticas para garantizarlo y reconocerlo. No obstante, se pueden identificar algunas objeciones a sus planteamientos, así: los elementos de análisis y ejemplos presentados por el autor se refieren, como bien lo señala en el texto, a "minorías nacionales, es decir, a grupos culturales y no a grupos raciales o ancestrales" (1996, p. 43), por lo que el análisis del tratadista resulta incompleto frente a realidades latinoamericanas donde la diversidad cultural "no se ajusta ni al modelo de inmigrantes voluntarios o de minoría nacional" (1996, p. 43). Igualmente, coincidiendo con Contreras (2001, p. 142) "... su creencia de identidades culturales totalizadoras" o su concepto de cultura como comunidades "homogéneas" no reconoce las interrelaciones que en la actualidad se dan entre los seres humanos, lo que obliga a que no haya estilos de vida o costumbres totalmente puras. De ahí que, en concordancia con la crítica de Cruz (2013, p. 4), aunque Kymlicka defiende los derechos de las minorías, termina por "defender una perspectiva asimilacionista y de supremacía" cuando está hablando de derechos diferenciados y de grupos, siempre en función de la mayoría, o en el reconocimiento de los derechos individuales de los miembros de la minoría o cuando, además, siguiendo al precitado Cruz (2013, p. 55), pone como ideal los valores y principios de la cultura liberal, que desde sus orígenes siempre ha defendido al individuo, y a la vez defiende el multiculturalismo que reconoce, más que al individuo, a grupos o colectividades. Coincidiendo con Benlloch (2006, p. 14) el destino de su propuesta de "cultura societal" es convertir la cultura en una cultura nacional, lo que sin dudas no es lo que se pretende al reconocer derechos a las minorías, porque sus particularidades históricas y legales exigen otro tipo de reconocimientos.

multiculturalismo por ser una corriente pensada desde países centrales que simplemente se adaptó.

En la investigación resulta transversal incorporar el multiculturalismo como categoría de estudio porque permite comprender y justificar la existencia de la comunidad negra como grupo étnico con derecho al reconocimiento de derechos especiales como el de la propiedad. Al respecto, quienes siguen las líneas del individualismo liberal consideran que no deben existir derechos diferenciados para un grupo. Otros como Kymlicka (2007, p. 37) defienden el multiculturalismo y constituyen referente importante para este proyecto, ya que defendemos la perspectiva de que las políticas multiculturales han contribuido de manera indudable a normalizar la política étnica, profundizar la democracia y reforzar los derechos humanos (Kymlicka, 2007, p. 37).

A partir de la línea argumentativa construida por Kymlicka, durante los últimos cuarenta años hemos contemplado una verdadera revolución en el campo de las relaciones entre los Estados y las minorías etnoculturales. Los viejos modelos consistentes en Estados-nación asimilacionistas y homogeneizadores están siendo crecientemente cuestionados y en muchas ocasiones sustituidos en favor de modelos multiculturales de Estado y ciudadanía (Kymlicka, 2007, p. 17). No obstante, actualmente se manifiesta un creciente compromiso para remediar esa situación y cada vez más se acepta que el estatus de las minorías debe ser motivo de legítima preocupación internacional, y debe sujetarse a las normas y estándares (Kymlicka, 2007, p. 17) propios de la construcción de sociedades justas e inclusivas en todo el mundo (Kymlicka, 2007, p. 39). Sin embargo, como lo explican Borrero (2014), o Francisco Ibarra Palafox en el prólogo de su obra con Keith Banting (Banting y Kymlicka, 2007, p. XXI), el principal autor contemporáneo dedicado al estudio del multiculturalismo tiene la limitación de que solo presenta y examina evidencias de las principales experiencias multiculturales de países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Japón.

Acerca de la tesis central propuesta por Kymlicka sobre el multiculturalismo, sirven de aporte teórico su justificación y defensa de los derechos de las minorías, el reconocimiento

de la necesidad e importancia de la existencia de los derechos diferenciados en función del grupo para ayudar a garantizar la pertenencia de las personas a su propia cultura y, por ende, a sustentar su propia identidad (1996, p. 111).

También resulta de interés que el autor en comento defiende la idea de que, además de existir los derechos humanos, por las condiciones actuales de los países se debe aceptar la multiculturalidad y, en consecuencia, el reconocimiento de ciertos derechos especiales y diferenciados para grupos, como categoría distinta a los derechos colectivos, no obstante, que otros autores, como Contreras (2001, p. 137), consideran que los derechos diferenciados son los mismos derechos colectivos. Hay que destacar de Kymlicka que también insiste en la necesidad de complementar los derechos humanos tradicionales con los de las minorías, rechazando las posiciones radicales que pregonan la existencia de derechos humanos universales o la necesidad de “subsumir los derechos de las minorías bajo la categoría de derechos humanos” (1996, p. 17), planteamiento que contribuye al fundamento del argumento principal de esta tesis.

Borrero explica (2014, p. 17) que el multiculturalismo se preocupa por la correspondencia entre el liberalismo y los derechos especiales en función del grupo, mientras que la interculturalidad se centra en el aseguramiento de un horizonte de respeto entre culturas, muchas de ellas no liberales y afectadas por los procesos de colonización.

Los postulados de Kymlicka (1996), que defienden el multiculturalismo⁷⁴, aunque hayan sido pensados también por autores canadienses y estadounidenses, resultan relevantes si se

⁷⁴ Por su parte, el doctrinante Restrepo (2011, p. 45) advierte que en la conceptualización del multiculturalismo también se pueden hacer dos distinciones: existe el multiculturalismo tanto de corte minimalista como maximalista. La conceptualización minimalista argumenta que al multiculturalismo es una política de Estado que se materializa en las medidas tomadas en torno a la diversidad cultural; en contraste, una conceptualización maximalista retoma los planteamientos de Foucault (1978-1999) sobre la gubernamentalidad para argumentar que el multiculturalismo no se circunscribe a las políticas de Estado, sino que supone un arte de gobierno que constituye unas particulares poblaciones en nombre de cuyo bienestar se regula la vida. En cambio, como sostienen Banting y Kymlicka (2007, p. 6), entre las líneas argumentativas

tiene en cuenta que esta corriente, positivizada en principio en la Carta Constitucional de Colombia, no se presenta como opuesta a la interculturalidad, sino que permite compartir enfoques; aún más, el derecho en estudio ampara una institución concebida desde el pensamiento liberal (la propiedad), lo que ayuda a su interpretación teórica.

Sin embargo, el enfoque de la interculturalidad propuesto por Borrero (2014, p. 111) aparece como la luz que despeja el camino y muestra los destellos para abrir y fundamentar un debate acerca del redireccionamiento o el cambio en la esencia de un derecho como el de la propiedad colectiva, que para esta argumentación tiene una categorización que no se circunscribe fácilmente a las categorías de derechos tradicionales. En consecuencia, esta tesis está orientada principalmente por la interculturalidad.

Hay que tener en cuenta, como lo resume Borrero (2014, p. 111), que la interculturalidad es una corriente global que emerge desde el sur, desde las diferentes fronteras periféricas, y pretende minar a su vez la credibilidad y consistencia del liberalismo triunfante. Además, continuando con Borrero (2014, p. 224), la interculturalidad es un proceso por construir, que se nutre de las luchas postcoloniales, entendidas a la vez como compresión y superación de la lógicas de dominación colonial (del ser, del poder, del conocer y de la

que están en contra del uso de políticas multiculturales hay varias corrientes: una que aboga por explicar que el multiculturalismo puede tener un efecto excluyente que debilita las coaliciones prodistributivas, esto es, que la gente que debería dedicarse a la protección del estado de bienestar emplea su tiempo en cuestiones propias del multiculturalismo; una segunda sugiere que las políticas multiculturales debilitan la distribución pues erosionan la confianza y la solidaridad entre los ciudadanos, y consecuentemente lesionan el apoyo popular en favor de las políticas distributivas; una tercera línea argumentativa sostiene que las políticas multiculturales provocan que las personas realicen un diagnóstico equivocado de los problemas que enfrentan las minorías haciendo que las personas piensen que los problemas que confrontan los grupos minoritarios están enraizados, primariamente, en la falta de un adecuado reconocimiento cultural y, en consecuencia, que la solución descansa en un mayor reconocimiento de las identidades étnicas y de las prácticas culturales por el Estado. Sin embargo, en realidad esas soluciones “culturalistas” serán de poco o ningún beneficio, en virtud de que los problemas reales están en otra parte. Además, según Wade (2011, p. 28) en cierto sentido el multiculturalismo se sigue viendo, por un lado, como una imposición internacional de lo políticamente correcto y, por otro, como una concesión a los usos y costumbres de los pueblos indígenas.

naturaleza) y que, según este autor, requeriría no solo del respeto a las diferencias culturales y sus formas de comprensión y dignidad, sino de la reconstrucción de derechos en una clave dialógica y horizontal que, además, “concibe los derechos étnico culturales como la concreción o emergencia de nuevas lógicas que integran horizontalmente las diferencias culturales y superan la visión individual, egocéntrica y colonial de estos derechos en su expresión liberal” (Borrero 2014, p. 225).

Asimismo, un tema central para esta investigación es el pluralismo jurídico, que se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual, coincidiendo con Fitzpatric (1998), citado por Cruz Rueda (2008, p. 31), cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho positivo, esto es, lo que se ha constituido o denominado pluralismo jurídico⁷⁵.

Recapitulando los principios acogidos es necesario decir también que en la tesis se favorece el enfoque de la antropología jurídica cuyo objetivo, siguiendo a Gutiérrez Quevedo (2004, p. 15), es reconocer no solo el pluralismo jurídico sino también el pluralismo cultural del Estado social y democrático de derecho en Colombia.

E. Diferencias entre semejantes

En este acápite se señalan las razones conceptuales que nos sirven de fundamento para explicar el derecho a la propiedad colectiva como un derecho sui géneris, pero con referencia a un solo grupo étnico de los reconocidos en Colombia.

⁷⁵ Respecto del pluralismo jurídico hay varias corrientes: algunos como Merry (1988) sostienen que existe una vertiente inicial denominada pluralismo jurídico clásico con la cual mostró cómo sistemas jurídicos de poblaciones colonizadas fueron subordinados, negados o bien refuncionalizados por los colonizadores para sus fines de dominación; otras más actuales sostienen que el pluralismo jurídico no es solamente una característica de las sociedades con pasado colonial, sino una propiedad de las sociedades contemporáneas estructuradas por una diversidad de sistemas jurídicos interconectados, tal como explica Santos (1991), citado por Cruz (2008, p. 31).

Según las aclaraciones de Restrepo (2011, p. 41), tanto en el discurso jurídico como en el académico y el político, en Colombia ha predominado en las últimas décadas la idea de que los indígenas son el paradigma de la noción de grupo étnico. La existencia de marcadores de diferencia, como los lingüísticos y los culturales, expresados en ciertas formas de vida comunitarias, tradicionales y territorializadas, constituyen el criterio que, según Restrepo (2011, p. 41), frecuentemente se esgrime para concebir una población determinada como grupo étnico⁷⁶. De modo que a las comunidades indígenas y negras se les ha dado un tratamiento basado en la igualdad, pero sin reconocer sus diferencias, lo que explicaría, por qué al hablar de la propiedad colectiva de las comunidades negras inmediatamente se asimila a la propiedad de las comunidades indígenas, respecto de la cual ha precisado Hoffman (2007, p. 42) que se asimila, “calca” o equipara con la propiedad de ese grupo étnico.

En este momento de la introducción es imperioso adelantarse a posibles inquietudes con respecto al por qué de realizar un estudio que se concentre en un solo sujeto colectivo a sabiendas de que se trata de un derecho reconocido a ambos grupos étnicos⁷⁷. Para esta

⁷⁶ Por ejemplo, Restrepo (2011, p. 46) señala que en Colombia, otro valor étnico de la nación ha sido perfilado a través del multiculturalismo etnicista cuyo paradigma cierto es el imaginario de una indianidad marcada como tradicionalidad, autenticidad y comunalidad, ubicada en ciertas geografías (lo rural, el resguardo, las selvas, la Sierra Nevada de Santa Marta, el Macizo Colombiano). La fuerza de este paradigma se hizo sentir en las discusiones de expertos, representantes y políticos acerca de si los negros eran o no un grupo étnico, que fueron decisivas en el trabajo de la comisión especial para comunidades negras y el texto de la Ley 70 de 1993.

⁷⁷ La idea de normar la propiedad colectiva no es nueva entre nosotros, más si es novedosa su consagración constitucional (Ochoa, 2011, p. 264). En Colombia esta modalidad de propiedad ha reconocida a los grupos étnicos en tiempos y con modelos institucionales diferentes; así, de acuerdo con Absalón Machado (2009, pp. 28-42), desde 1591, con la Cédula de El Pardo, la Corona adjudicó a las comunidades indígenas porciones de terrenos colectivos que no eran susceptibles de venta bajo la institución colonial denominada Resguardo. En contraste, a las comunidades negras, solamente y de manera reciente, a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991, desarrollado posteriormente mediante la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, se les reconoció ese derecho. Hasta este punto del texto se ha presentado que tanto a

tesis, aunque los dos son grupos minoritarios y con el reconocimiento constitucional y legal del mismo derecho⁷⁸, existen diferencias históricas, legales y conceptuales frente al reconocimiento y ejercicio del derecho en comento que ameritan análisis disímiles, por lo que se debe aplicar lo expuesto por Bernal (2005, p. 257) en cuanto a que, en aplicación del principio de igualdad, se reconozca como un trato diferenciado, teniendo en cuenta que los dos grupos étnicos están en una posición en parte similar⁷⁹ y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes.

comunidades indígenas como negras se les ha reconocido constitucional y legalmente el derecho a la propiedad colectiva. Además, diferentes instituciones han amparado la apropiación que históricamente tenían los indígenas sobre el territorio, entre ellas, el Resguardo, que según Triana y Ferrufino (s.f., p. 16) era una institución que surgió e incrementó el proceso aculturativo creado por la Corona en su afán de hacer adaptaciones que facilitaran la imposición de sus sistemas económico y religioso. Juan Friede (1969, p. 53) explica que a finales de siglo (1591-1592) existían en el país tres categorías de tierras: las de resguardo, que se concedían a las comunidades indígenas existentes, bien fuera encomendadas o bien de la Corona, con el fin de proporcionarles los medios de subsistencia y contribuir a su progreso económico. Estos terrenos estaban destinados al usufructo asegurando con ello el sustento de una comunidad así como también su futuro, quedando prohibida su venta o enajenación, además, el título del resguardo no implicaba el derecho de propiedad territorial; sin embargo, a pesar de ello había preocupación de que la adjudicación de los terrenos se hiciera de una manera muy amplia, pues su objetivo era fijar una tribu o comunidad en un sitio preciso. También había, siguiendo a Friede (1969, p. 53), tierras de propiedad particular y tierras realengas. En la época de la Colonia, según describen Triana y Ferrufino (s.f., p. 20), la distribución diferencial de los derechos de propiedad se hizo individualmente a las personas de los españoles o a los caciques, y colectivamente a las comunidades indígenas. De acuerdo con Friede (1972, p. 28), para el indígena el concepto de propiedad colectiva sobre la tierra está ampliamente arraigado o, como lo explican Mendoza et al. (s.f., p. 17), el indígena se reconoce como una persona que vive en comunidad, es decir, en el territorio que ocupa su comunidad o grupo.

⁷⁸ Relata Ternera (2015, p. 228) que, como lo anota la doctrina, el resguardo “es la figura jurídica que representa los territorios indígenas que tienen título de propiedad colectiva reconocida por el Estado”. Desde luego, como acontece con la propiedad colectiva de las comunidades negras, el resguardo se reconoce como una propiedad inalienable imprescriptible e inembargable.

⁷⁹ Son ejemplos de estas similitudes que tanto las comunidades negras como las indígenas tiene una cosmovisión particular frente a sus relaciones con el territorio: los dos grupos étnicos invocan sus tradiciones

y prácticas culturales como determinantes en la forma en que ejercen la propiedad. De igual manera, el título de propiedad adjudicado por el Estado se hace al sujeto colectivo comunidad negra o resguardo indígena, y se registra a nombre de toda la comunidad; existe un grupo que se identifica como perteneciente al grupo étnico (en las comunidades indígenas son una o varias comunidades y en las comunidades negras una o varias familias o grupos de individuos o parientes) con una forma de organización interna o de autoridades que representan a la comunidad y lideran todos los procesos organizativos. Además, a partir de la expedición de la Carta de 1991, tanto a las comunidades negras como a las indígenas se les ha reconocido la propiedad sobre territorios que tradicionalmente habían ocupado y que han sido consideradas por el Estado como tierras baldías (al menos, para los resguardos nuevos de indígenas, adjudicados en virtud de la Ley de Reforma Agraria). Así, los dos grupos étnicos reclaman la posesión histórica y ancestral, es decir que solicitan el respeto de sus derechos adquiridos por el uso histórico del territorio. Para ambos su supervivencia está ligada al ejercicio de la propiedad, al uso y aprovechamiento de sus recursos naturales y a la implementación de sus prácticas ancestrales. El derecho a la propiedad colectiva con el carácter de privada es reconocido para los dos grupos étnicos. Sin embargo, la condición de “privada” solo se asigna desde una ley a la propiedad de las comunidades indígenas, mientras que a las comunidades negras se les ha reconocido por jurisprudencia de la Corte Constitucional y por doctrina. Así, el artículo 21 del Decreto 2164 de 1995 establece: “*Naturaleza jurídica*. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”. De igual manera, tanto a las comunidades negras como a las indígenas se les establecen en las adjudicaciones limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad, como el uso con fines de subsistencia o por ministerio de ley, del territorio y sus recursos, excluyendo en la mayoría de los casos el uso comercial; estableciendo obligaciones como la función social y ecológica de la propiedad y la prohibición de enajenación, prescripción e inembargabilidad. Como ha explicado Arocha (2004, p. 162), los territorios de comunidades negras e indígenas están amparados por las tres *ies*. De igual manera, pueden ser objeto de servidumbres en los casos que sean necesarias. En los casos de explotación comercial de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, los dos grupos étnicos deben tramitar ante las autoridades ambientales y mineras los permisos, concesiones, autorizaciones y licencias que se requieran. También se ha reconocido que, además del derecho a ser consultados frente a los proyectos que se ejecuten en su territorio, los dos grupos étnicos tienen derecho de prelación frente a terceros para la explotación de los recursos renovables y no renovables.

Así, pues, aunque las comunidades negras pueden reclamar derechos y reconocimientos “comparables a los que los indígenas han exigido” (Arocha, 2004, p. 162), en la siguiente sección se busca demostrar que son dos grupos étnicos con diferencias que se inician desde el mismo proceso histórico de su reconocimiento con la forma como se concibe, ejerce y garantiza institucionalmente el derecho a la propiedad; verbigracia, la gente negra se convirtió en invasora de su propio territorio (Arocha, 2004, p. 163) y los indígenas en sujetos de protección de la Corona y en dueños de sus territorios ancestrales.

Otro ejemplo es el trato desigual⁸⁰ que el Estado colombiano les ha dado. Siguiendo a Arocha (2004, p. 168), por lo menos desde mediados del siglo XIX los indígenas han formado parte de la noción de colombianidad, y por el contrario los afrocolombianos han figurado en el catálogo de las desgracias nacionales y como personas carentes de una identidad particular. Por ejemplo, Arocha (2004, p. 168) señala que desde los corregidores de indios⁸¹ hasta que el Incora abrió oficinas especializadas, los indígenas tuvieron asesorías en la realización de los trámites que implicaban las titulaciones de los resguardos, pues el Estado les brindó oportunidades de ser competentes en los procedimientos

⁸⁰ Como botón de muestra, Bonilla (2009, p. 10): “Ahora bien, aunque la Constitución colombiana de 1991 hizo especial énfasis en los derechos de los grupos indígenas, también se ocupó de las comunidades negras culturalmente diversas y motivó la creación de una estructura jurídica para regular los asuntos relacionados con estas colectividades. Aunque la carta política únicamente hace referencia de manera explícita a las comunidades negras que habitan en el país en el artículo 55 transitorio”.

⁸¹ Al consultar los antecedentes legislativos de la Ley 70 de 1993, en la exposición de motivos de la norma se lee: Congreso de la República de Colombia. Archivo Cámara de Representantes. Ley 70 de 1993. Vol. 57. Expediente Ley 70 de 1993, folio 73: “No obstante, qué garantías podría ofrecer el Instituto de Antropología a las comunidades negras, después de la experiencia que éstas sufrieron el 26 de febrero de 1993. En el Instituto de Antropología, que actuaba como Secretaría Técnica de la Comisión Especial del artículo 55 un grupo de sus investigadores expertos en etnicidad de indios, reunidos para discutir sobre el concepto de identidad cultural de las poblaciones negras en Colombia, descalificaron la existencia de los negros como etnia y su ejercicio de etnicidad. Acogiendo a sus trabajos sobre los indios, opinaron que la etnicidad de los negros no estaba delimitada”.

necesarios para demostrar la ancestralidad de sus dominios territoriales, mientras que los afrocolombianos partieron de cero.

De esa manera, por su condición de grupo étnico en el imaginario de la sociedad colombiana (académicos, políticos, etc.) han tenido del Estado el mismo trato, desconociendo que, a diferencia del caso de los indígenas, cuando se trata de comunidades negras, retomando lo planteado por Agudelo (2004, p. 196), se está frente a poblaciones con mayor diversidad y complejidad en cuanto a sus formas de inscribirse en el contexto de las sociedades contemporáneas producto de procesos históricos diferentes⁸².

A partir de tales consideraciones, a continuación se describen las diferencias identificadas entre las comunidades negras y los grupos indígenas en relación con el derecho a la propiedad; baste con recordar que para las comunidades negras el territorio es reconocido de forma expresa como tierras baldías (arts. 55 transitorio de la Constitución de 1991, y 1.º y 4.º de la Ley 70 de 1993); es sujeto de división (áreas colectivas y áreas individuales); se permite la venta (usufructo) de las tierras asignadas individualmente a las familias; la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad solo se aplican en teoría a la parte del territorio delimitada como colectiva; el derecho a la propiedad es administrado por una organización privada sin antecedentes en el proceso histórico de la comunidad, que no tiene la condición de autoridad pública y que les otorga la facultad de organizarse como asociación privada que recibe recursos provenientes de cooperación nacional y extranjera; con expresa consagración legal tiene fines comerciales y productivos (art. 24 de la Ley 70

⁸² A lo largo de esta tesis se ha sostenido que entre comunidades negras e indígenas existen diferencias. Sin embargo, se debe insistir en lo que planteó el profesor Jaime Arocha en las reuniones de la Comisión Especial para las comunidades negras, constituida para reglamentar el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991: “En la nueva Constitución Nacional se estableció una asimetría en la territorialidad de los negros y de los indios al negarle a los primeros algunos derechos territoriales, por lo cual se hace necesario revertir esta asimetría con los trabajos de la Comisión puesto que los negros, están reclamando sus derechos territoriales y no una simple solución de tenencia de la tierra” (Acta 001 del 11 de agosto de 1992. Comisión Especial para las comunidades negras).

de 1993) pero no participa en las rentas nacionales y no tiene la posibilidad de administrar directamente los servicios de salud, educación, agua y saneamiento básico.

En cambio, para las comunidades indígenas de forma expresa todo el territorio es comunal (art. 2.º Dcto. 2164 de 1995), salvo las reservas indígenas; desde el siglo XVII no se permite la venta, ni siquiera del derecho de usufructo; la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad se aplican a todo el territorio, que en ningún caso tiene fines comerciales o productivos; principalmente el derecho de propiedad es para garantizar la subsistencia y participación en las rentas nacionales.

Para las comunidades indígenas el derecho a la propiedad se conceptualiza más como propiedad comunal que como propiedad colectiva, pues “hay un reconocimiento” más marcado “de un vínculo cultural y espiritual con sus territorios, siendo una diferencia básica que los caracteriza”, y uno de sus rasgos más preciados es su entendimiento y vivir colectivo (Muñoz y Rodríguez, 2016, pp. 288, 310); lo que demuestra una primacía de la dimensión colectiva del derecho a la propiedad, teniendo en cuenta la reiteración de Velásquez (2010, p. 217) relacionada con que una de las diferencias identificadas precisamente entre la propiedad de las comunidades indígenas y la propiedad de las comunidades negras es la consagración en la Constitución de 1991 de la propiedad de las comunidades como propiedad parcialmente enajenable con autorización de la ley, lo que refleja el valor de la individualidad en el derecho de las comunidades negras.

Recapitulando, aunque comunidades negras e indígenas son grupos étnicos existen “asimetrías”⁸³ en el tratamiento y reconocimiento que les ha dado el Estado colombiano. Estas “asimetrías” justifican no solo un trato diferenciado, sino la expedición de reglas diferentes que no homogenicen el derecho a la propiedad reconocido a ambos grupos étnicos, como se sintetiza en la tabla 1.

⁸³ Esta expresión es prestada de Agudelo (2004, p. 190).

Tabla 1

Diferencias entre semejantes. Propiedad de indígenas y comunidades negras

| Comunidades indígenas | Comunidades negras |
|--|---|
| Propiedad comunal | Propiedad colectiva |
| Prima el aspecto colectivo del derecho | Coexisten aspectos individuales y colectivos del derecho, con fuerte presencia del aspecto individual |
| Facultad de disposición concentrada en las autoridades tradicionales | Facultad de disposición desconcentrada e individualizada en las familias |
| Sujetos de medidas tutelares de asimilación antes de la Constitución de 1991 | Invisibilización antes de la Constitución de 1991 |
| Limitación en los actos jurídicos de venta, arrendamiento y constitución de usufructos | Posibilidad de realizar actos jurídicos de venta, arrendamiento y constitución de usufructos |
| Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad absoluta | Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad relativa y condicionada |
| Organización política especial de carácter público y de creación histórica | Organización política privada y de creación legal |
| Vocación de ser entidades territoriales | No tienen vocación de ser entidades territoriales |
| Participan en el sistema general de participaciones | No participan en el sistema general de participaciones |

Fuente: elaboración propia.

Dejando el plano nacional, también es importante explicar que debido a las condiciones particulares de creación histórica y consagración legal del derecho en estudio, en esta tesis no se hace un análisis de derecho comparado. Esta decisión metodológica tampoco obedece

a un capricho sino a una razón teórica que se sustenta no solo en las condiciones particulares que ya se han enunciado del proceso de reconocimiento del grupo étnico y sus derechos en el país, además de la ausencia de una figura parecida al menos en el contexto americano⁸⁴, sino también en la concreción del tema de investigación, porque un ejercicio

⁸⁴ Aunque en Latinoamérica se han reconocido tímidamente algunos derechos a la población afrodescendiente, el derecho a la propiedad consagrado y desarrollado en la ley encuentra en Colombia su mejor expresión. Se debe recordar con Rodríguez (2008, p. 221) que nuestro país es uno de los que más derechos otorga a las comunidades tradicionales, y es por eso uno de los más avanzados en ese tema; incluso, es considerado como la “experiencia piloto” para otros países de la región en cuanto al reconocimiento formal del derecho a la propiedad colectiva. Otro de los países que también ha avanzado en el tema es Brasil, que reconoció de manera formal en el artículo transitorio 68 de la Constitución Federal a las comunidades quilombolas el derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente habían ocupado desde 1988, aunque solo fue reglamentado mediante el Decreto Presidencial n.º 4.887 de 2003 al otorgarle competencias al Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA) para realizar los procedimientos de identificación, delimitación y adjudicación. Este Decreto fue complementado a su vez con la Instrucción Normativa 57 de 2009 (Francisco Dias, 2016, p. 29). Las comunidades remanentes de los quilombos son considerados sujetos colectivos de derechos titulares, y poseedores de derechos fundamentales (Francisco Dias, 2016, p. 43). “La identificación de los límites de las tierras de las comunidades es hecha a partir de la evaluación conjunta de las indicaciones de la propia comunidad y de los estudios científicos y técnicos, inclusive de informes antropológicos, constituyendo una caracterización espacial, económica, ambiental y sociocultural de la tierra ocupada por la comunidad (art. 9.º). Aunque la reglamentación en el ámbito federal haya ocurrido sólo en el 2003, algunos Estados se adelantaron en relación con la Unión en ese aspecto, como el Estado de Pará, por ejemplo, que en 1999 ya disponía de un procedimiento para la legitimación de la posesión de las Tierras de los Remanentes de las Comunidades de los Quilombos (Dcto. Estadual n.º 3.572 de 1999). Hasta agosto de 2010 el INCRA reconocía 104 Territorios Quilombolas con títulos expedidos en 14 Estados de la Federación, los cuales contemplan 183 comunidades y más de 11.500 familias, abarcando más de 970 mil hectáreas”. Cfr. [<https://uc.socioambiental.org/es/territ%C3%B3rios-de-ocupa%C3%A7%C3%A3o-tradicional/territorios-remanentes-de-quilombos>], consultada el 15 de junio de 2017. Según el artículo 17 del Decreto 4.887 de 2003 el derecho de propiedad reconocido y adjudicado a las comunidades remanentes de los quilombos no se puede dividir y es inalienable, inembargable e imprescriptible, además, no tiene la cláusula especial que permite la venta entre miembros de la comunidad o del mismo grupo étnico como sucede en Colombia; sin embargo, no se menciona en la normatividad la posibilidad de división como si sucede con las comunidades negras de Colombia. En Brasil, a diferencia de

Colombia se reconoce el derecho al territorio de las quilombolas como patrimonio cultural de la nación, lo que implica su protección como derecho colectivo difuso. En cuanto al desarrollo de los derechos de las comunidades afrodescendientes en Brasil cfr. [<https://quilombos.wordpress.com/legislacao/>] y [<https://direitosquilombolas.wordpress.com/author/direitosquilombolas/>]. En Ecuador también se registran avances importantes en el reconocimiento de derechos para afrodescendientes; por ejemplo, en relación con el derecho a la propiedad se convierte en “una experiencia que, como en ninguna otra parte de América Latina y el Caribe, le daría al pueblo afrodescendiente de Ecuador la posibilidad de alcanzar la realización de su proyecto político de autonomía territorial, cultural y comunitaria” debido a que tienen reconocimiento formal de los ‘territorios ancestrales afro ecuatorianos que han sido titulados colectivamente desde 1994’ (Antón, Jh, 2015, pp. 14, 23) y que, además, pueden convertirse en circunscripciones territoriales (art. 257 de 2008). “Los afroecuatorianos tienen en el país tres territorios ancestrales: a) el norte de provincia de Esmeraldas, cantones San Lorenzo, Eloy Alfaro y Río Verde; b) las 38 comunidades del valle del Chota, la Concepción y Salinas; y c) las comunidades de Catamayo, en Loja (Antón, 215, p. 67). En 1998, describe Antón (2015, pp. 18-20), “... se aprueba una Constitución que reconoce el carácter colectivo de los territorios ancestrales afrodescendientes, con la posibilidad de que puedan convertirse en circunscripciones territoriales como parte del ordenamiento jurídico del país. Tanto las circunscripciones territoriales como los derechos colectivos, en especial los territoriales, quedaron igualmente recogidos en los artículos 56, 57 y 58 de la Constitución de 2008. De acuerdo con la normatividad existente, los territorios titulados colectivamente a los afrodescendientes en calidad de tierras ancestrales son inembargables, inalienables e indivisibles. Además, las comunidades podrán mantener la posesión colectiva de sus territorios, obtener su adjudicación gratuita, participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que en ellos se hallaren. De este modo, la Constitución, al garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los territorios ancestrales, legitima el derecho a la autonomía y al ejercicio de sus formas de convivencia y organización social, así como de generación y ejercicio de sus propias formas de autoridad en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. Según la Constitución de 2008, los territorios ancestrales podrán convertirse en circunscripciones territoriales, las cuales son espacios “para la preservación de la cultura de los pueblos y nacionalidades” (art. 60). También, como parte del organización político-administrativa del país, “ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos” (art. 257). “La posibilidad de crear las circunscripciones dentro del marco constitucional se amplió con la expedición del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) de identificación del problema, objetivos y métodos, el cual plantea que son formas de gobierno y administración del territorio, constituidas por razones de población, étnico-culturales o de conservación ambiental. Desde el código las circunscripciones serían una manifestación concreta del carácter plurinacional e intercultural del Estado. Ello, por cuanto su espíritu es reconocer las formas de autogobierno de los pueblos

como el que se indica puede ser objeto de otra disertación doctoral que amerita no solo mayor tiempo sino una financiación externa para su ejecución.

II. Guía de procedimiento

A. La metodología de la tesis

Desde el punto de vista metodológico se trata de una investigación documental de corte analítico-conceptual en la que se hace un análisis dogmático del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia, sus características, contenido y titularidad para explicar este derecho como un derecho “sui generis”.

De acuerdo con Toro y Parra (2010, p. 412), este tipo de investigación supone la revisión cuidadosa y sistemática de estudios, informes de investigación y demás literatura relacionada con las comunidades negras, la propiedad privada, la propiedad colectiva, los

ancestrales, un escenario de autonomía plena que permite mantener visiones propias de la administración de la justicia, del manejo y cuidado del medio ambiente, los recursos naturales y el ejercicio de una visión propia del desarrollo”. En Ecuador se avanza en el reconocimiento de la posesión de los territorios ancestrales, pues al igual que para los indígenas “se ha logrado la titulación de sus tierras bajo el concepto de posesión ancestral”; sin embargo, en cuanto a la creación de las circunscripciones territoriales las comunidades afroecuatorianas están en una situación por lo demás nada fácil, ya que sería pasar de un gobierno parroquial, con una larga tradición de consolidación, a un modelo de gobierno de circunscripción del que aún no existe experiencia alguna en el país (Antón, 2015, pp. 67, 119). A diferencia de Colombia, donde todos los derechos de los afrodescendientes por disposición constitucional son categorizados como derechos colectivos, existe la posibilidad de convertir las posesiones ancestrales en circunscripciones territoriales, lo que se traduciría en autonomía administrativa y financiera; al respecto hay exigencias en cuanto al número de generaciones (deben ser cuatro) para demostrar la ocupación del territorio; no se permite la venta, el arriendo ni la hipoteca de forma absoluta para todo el territorio ancestral, no existe la venta condicionada o permitida, que sí existe en los territorios colectivos de comunidades negras del país. Para ampliar la información respecto del proceso histórico de reconocimiento de los afrodescendientes en Ecuador, cfr. Jh. Antón (2015). *El derecho al territorio ancestral Afroecuatoriano en el Norte de Esmeraldas*. Quito: Editorial IAEN. En otros países de la región, como México, Honduras, Perú, Nicaragua, Uruguay y Costa Rica, apenas se inician los procesos organizativos para el reconocimiento de los afrodescendientes como sujetos de derechos. En algunos eventos hay esfuerzos de los Estados por reconocer varios de esos derechos.

derechos individuales y los derechos colectivos. Se consultaron fuentes primarias que van desde documentos oficiales, como los informes de trabajos preparatorios y los archivos de discusión del proyecto de Ley 70 de 1993, las actas de la Comisión Especial que la redactó, las actas de discusión del proyecto de ley presentado al Congreso, las leyes, decretos, resoluciones y jurisprudencia de la Corte Constitucional, y el Consejo de Estado, hasta documentos privados representados en los reglamentos internos de algunos consejos comunitarios del departamento del Chocó, además de fuentes secundarias como los estudios doctrinales relacionados con los derechos individuales, los derechos colectivos, los derechos fundamentales, la propiedad, los atributos del derecho a la propiedad, etc.

De igual manera, se revisaron algunos documentos propios del derecho consuetudinario de las comunidades negras, como los reglamentos internos⁸⁵ de los consejos comunitarios de

⁸⁵ Para la escogencia de los reglamentos se presentó una solicitud (cuyo modelo se incluye en el Anexo 1. Modelo de solicitud de copia de reglamentos internos de consejos comunitarios) a algunos representantes legales para obtener los reglamentos respectivos, sin desconocer que estos documentos no son reservados y son de público uso y conocimiento por los integrantes de los Consejos. Los doce reglamentos revisados pertenecen a los consejos: 1. Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (COCOMACIA), Resolución 1425 del 19 de septiembre de 2011; 2. Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA), Resolución 01152 del 23 de mayo de 2001; 3. Consejo Comunitario Mayor de Villa Conto, Resolución 0160 del 9 de febrero de 1998; 4. Consejo Comunitario Integral de Lloró (COCOILLO), Resolución 2919 del 21 de diciembre de 2012; 5. Consejo Mayor del Alto San Juan (ASOCASAN), Resolución 2727 del 27 de diciembre de 2001; 6. Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana (COCOMAUPA), Resolución n.º 02723 del 27 de diciembre de 2001; 7. Consejo Comunitario de San Isidro, Resolución 0157 de 1998; 8. Consejo Comunitario General de los Delfines, Resolución 002200 del 3 de diciembre de 2002; 9. Consejo Comunitario de Guayabal (COCOQUA), Resolución 0051 del 1.º de julio de 2003; 10. Asociación de Consejos Comunitarios y organizaciones étnico-territoriales del Bajo Atrato (ASCOBA); 11. Asociación de Consejos Comunitarios General Los Riscasles, Resolución 2206 del 4 de diciembre de 2002; 12. Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (COCOMACIA), Resolución 04566 del 29 de diciembre de 1997; 13. Consejo Comunitario Local de Gitradó. 14. Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (COCOMOPOCA), Resolución 02425 del 19 de septiembre de 2011. En el capítulo tercero se explicará la matriz elaborada para el análisis de los reglamentos internos.

las comunidades negras del departamento del Chocó, donde se establecen los parámetros para la distribución de áreas, y la adjudicación de territorios a las familias que hacen parte de dichos consejos.

Los consejos se seleccionaron a partir de dos criterios: 1. En el Chocó se realizó el primer reconocimiento del derecho a la propiedad de las comunidades negras en Colombia, y 2. En el Chocó se han constituido formalmente (con título otorgado) el mayor número de consejos comunitarios en Colombia.

También se consultaron documentos no jurídicos tales como los informes de organizaciones no gubernamentales y algunos escritos periodísticos. De los documentos consultados se hará un análisis de contenido a la manera descrita por Ferrari (2012, p. 58)⁸⁶.

B. El plan de la tesis

Con el propósito de desarrollar los argumentos principales y derivados que integran la hipótesis de esta tesis, la discusión se estructuró en tres partes. La primera parte contiene la introducción que ya se ha presentado. La segunda parte, denominada “La apuesta teórica para un derecho diferente”, la comprenden dos capítulos en los que se presenta el sustento teórico de la propuesta del derecho en análisis como un derecho sui géneris, así: el primero, titulado “Un derecho sui géneris frente a categorías tradicionales”, presenta una clasificación doctrinaria de los derechos para demostrar que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras no encaja o no se comprende completamente en esas

⁸⁶ El profesor Ferrari (2012, p. 58) señala: “Si la investigación tiene por objeto comportamientos jurídicos formales a lo largo de un amplio marco temporal, podrá ser necesario recurrir a alguna documentación. Puede tratarse de documentos jurídicos en sentido estricto o bien documentos que simplemente informan sobre el derecho. El contenido de los documentos jurídicos es interpretable ante todo en su sentido dogmático-jurídico, según las finalidades propias del trabajo del jurista. [...] No consiste en indicar el significado más correcto de las expresiones, sino en registrar las diferentes expresiones utilizadas y en formular interrogantes sobre sus efectos concretos”.

categorías, mostrando los elementos que tienen los derechos que están o no comprendidos en la propiedad colectiva de las comunidades negras.

Se analiza conceptualmente lo que se entiende por derecho colectivo y derecho individual, y si existe relación y de qué tipo entre derechos individuales y colectivos, las características de los derechos colectivos, si el derecho a la propiedad reconocido a las comunidades negras es o no un derecho colectivo, real o fundamental.

En el segundo capítulo, titulado “El derecho a la propiedad colectiva: atributos diferentes para un derecho diferente”, se presenta una definición de propiedad colectiva y las características que tendría ese derecho, desvirtuando las tradicionales de la propiedad individual privada desde el enfoque de la teoría clásica y la propiedad pública. Además del análisis de lo que sería el contenido del derecho.

Para finalizar, en una tercera parte titulada “Mito, realidades y tensiones de un derecho sui generis” se identifican las diferencias entre la forma de propiedad que ejercen las comunidades negras con figuras como el usufructo establecido en la legislación civil, para continuar sustentando que el derecho en estudio es un *derecho sui generis*. En su estructura, está integrada por dos capítulos: el tercer capítulo titulado “El mito del usufructo colectivo y la realidad de el usufructo individual” donde, a partir de la revisión principalmente de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 y de situaciones identificadas del análisis de documentos (reglamentos internos de consejos comunitarios del Chocó), se ilustra lo que sucede en el ejercicio real del derecho, para mostrar las dificultades generadas por tratar de encuadrar o categorizar un *derecho sui generis*, y en el cuarto capítulo, o apartado final de la tesis, titulado “Tensiones generadas en el ejercicio de un derecho sui generis”, se presentan algunos escenarios denominados tensiones, para hacer referencia a las situaciones que crean controversia o confrontación tanto al interior como al exterior del consejo comunitario de comunidades negras titular del derecho a la propiedad colectiva; se trata de situaciones donde existe una superposición de intereses en un mismo espacio: el territorio colectivo de las comunidades negras.

Dichas tensiones se presentan para ejemplificar lo que puede ocurrir por la comprensión inadecuada de un derecho, y serán identificadas a partir del análisis normativo y de la revisión de documentos, sin ser un estudio de caso⁸⁷. Además, en el capítulo cuarto se hace una breve reflexión o aproximación a la forma de solución de las tensiones identificadas. Finalmente se formulan las conclusiones, en las que se sintetizan los argumentos de los cuatro capítulos.

Recogiendo lo más importante de la parte introductoria de la tesis, a través de un estudio dogmático del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia se explica ese derecho como una categoría jurídica *sui generis, especial, que integra simultáneamente elementos mixtos de varias formas de propiedad y diferentes tipos de derechos*, y que ha sido tratada normativa, jurisprudencial y doctrinalmente de forma inadecuada e insuficiente dentro de las categorías tradicionales, que en unos casos la asimilan a la propiedad privada regulada por el derecho civil, o que en otros la incluyen en la teoría de los derechos colectivos o del derecho real aunque se trata de una categoría con atributos diferentes.

Segunda parte

La apuesta teórica para un derecho diferente

*La comprensión adecuada de los derechos es no solo una tarea teórica,
sino de un gran alcance práctico.*

Gregorio Peces-Barba Martínez

Presentación

Una vez definido el enfoque conceptual y metodológico mediante el cual se estudia uno de los derechos reconocidos a las comunidades negras en Colombia a partir de la Constitución

⁸⁷ Las razones metodológicas para esta decisión se ampliarán en el capítulo final.

Política de 1991, esta sección de la tesis, que como ya se anunció comprende dos capítulos, se concentra en presentar el sustento teórico de la propuesta del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras como un derecho sui géneris y especial.

Para empezar, y teniendo en cuenta con Ansuátegui (2005, p. 306) que los derechos son una realidad pluridimensional, es decir, una serie de enfoques diferentes, distintos y complementarios aunque no excluyentes, en este apartado se alude a la “perspectiva jurídica”, sin desconocer la transversalidad del objeto de estudio en los enfoques histórico⁸⁸, sociológico y político, ya que, ciertamente, una comprensión⁸⁹ amplia y completa de los derechos exige la confluencia o concurrencia de las diferentes perspectivas. Esta primera aclaración será relevante para la propuesta de un concepto, y para la descripción del fundamento ético y jurídico del derecho a la propiedad colectiva, aspectos que se abordarán más adelante.

De acuerdo con lo anterior, se debe aclarar que, utilizando elementos de análisis de la teoría de los derechos humanos, se asumirá en parte una concepción dualista para el estudio del derecho a la propiedad colectiva, ya que, como bien lo explica De Asís (2005a, p. 29), esta concepción se caracteriza por considerar que no es posible comprender los derechos sin

⁸⁸ Para ampliar los diferentes conceptos relacionados con la comprensión de los derechos cfr. R. De Asís (2005). “Concepto y fundamento de los derechos humanos”. En J. Tamayo (2005). *10 Palabras Clave sobre Derechos Humanos*. Navarra: Verbo Divino, pp. 15-54; G. Peces-Barba (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado.

⁸⁹ Se utilizará la propuesta de Peces-Barba (1999, p. 101) en el sentido de hablar mejor de “comprensión del derecho” por ser, al parecer, un concepto más integrador que además ayuda a evitar las visiones parciales tanto en la metodología como en el contenido. Cuando se habla de comprensión, sostiene Peces-Barba (1989, pp. 266, 277), se explican los derechos desde su raíz y en todas sus dimensiones para entender su origen, su fundamento, su estructura y su función en la sociedad, en el poder político y en el Derecho, así como su realización plena a través de su incorporación al derecho positivo.

tener en cuenta que se trata de figuras que poseen una dimensión moral y una dimensión jurídica, de donde, entonces, se manejan ambas exigencias.

Según señala De Asís (2005a, p. 29), las teorías dualistas, normalmente apoyadas en una teoría del derecho positivista, conceden importancia al derecho, pero también a la justificación moral de los derechos.

De acuerdo con Ansuátegui (2005, p. 309) para esta teoría el concepto de derechos se entiende como el resultado de la confluencia de dos dimensiones básicas: la filosofía de los derechos y el derecho positivo de los derechos. Desde esa perspectiva metodológica, según De Asís (2005b, p. 32) se puede identificar un modelo para el concepto y el fundamento de los derechos.

De ahí que en esta tesis también se hace acopio de la propuesta de De Asís (2005a, p. 72) de manejar una teoría de los derechos abierta en el mayor grado posible a diferentes teorías y puntos de vista, que sea dinámica y en cierta manera contextualizada, lo que en términos de Peces-Barba Martínez (1999, p. 40)⁹⁰ se denominaría una “visión integral”, ya que tiene en cuenta, además de los factores éticos y jurídicos, los factores sociales y culturales como elementos imprescindibles para aproximarse al concepto y fundamento, en este caso, del derecho a la propiedad colectiva.

⁹⁰ Refiriéndose a los derechos humanos, y haciendo una crítica a los modelos reduccionistas, Peces-Barba Martínez (1999, pp. 40,41) expone: “Del panorama lingüístico examinado, se desprenden dos puntos de vista desde los que se pueden comprender los derechos humanos y que el uso de este término en el lenguaje natural ha recogido. Por un lado la reflexión ética que considera a los derechos como un camino para hacer posible la dignidad humana y la consideración de cada uno como persona moral; y por otro lado la jurídica, que recoge y explica la incorporación de los derechos al Derecho positivo. Ambas plantean temas centrales de la Teoría de la Justicia, que es una de las tres grandes partes de la Filosofía del Derecho. Mi punto de vista es que ambas son imprescindibles para la comprensión del fenómeno ‘derechos humanos’ y denominó modelo reduccionistas a los que prescinden de una de las dos. En relación con todas mis aportaciones anteriores, creo que estas dos dimensiones, que podríamos llamar ética y jurídica, no permiten como yo pensaba hasta ahora, una visión integral que abarque todas las posibles”.

Así pues, los argumentos para la apuesta teórica por un derecho diferente se esquematizan en dos capítulos. El primero, titulado “Un derecho sui géneris frente a categorías tradicionales”, contiene la reflexión y propuesta de un concepto y fundamento para el derecho a la propiedad colectiva, luego de haber demostrado, a partir de la clasificación doctrinaria de los derechos, que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras no encaja o no se comprende completamente en las categorías denominadas para esta disertación como “categorías tradicionales”⁹¹ a saber: derechos individuales, derechos colectivos y derechos reales; señalando los elementos conceptuales⁹² que tienen esas categorías y que no permiten “subsumir”⁹³ el derecho a la propiedad colectiva en sus definiciones. Además, como punto de partida se presentan argumentos adicionales a los elaborados por la jurisprudencia y la doctrina colombiana para sustentar el carácter fundamental de ese derecho.

Se debe advertir al lector, que esta sección de la tesis es la más extensa del documento debido a la complejidad de los temas estudiados, y al trabajo teórico realizado para escudriñar en la teoría de los derechos los elementos que contribuirán a corroborar la hipótesis de trabajo explicada en la parte preliminar.

En el segundo capítulo, titulado “El derecho a la propiedad colectiva: atributos diferentes para un derecho diferente”, y con base en el concepto y fundamento planteado en el primer capítulo, se identifican los atributos que tendría este derecho, desvirtuando los tradicionales que desde la noción de propiedad individual privada con el enfoque de la teoría clásica, y la

⁹¹ Se adopta la denominación de categorías tradicionales para hacer referencia a las clasificaciones que la doctrina ha elaborado desde la teoría de los derechos a fin de reflejar las diferentes generaciones o la evolución en los intereses de protección de las diferentes sociedades y Estados. Además, se utiliza esta expresión para referirse a las denominaciones que usualmente utilizan la doctrina y la jurisprudencia colombianas en relación con el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

⁹² Por elementos conceptuales se entenderán los postulados básicos y los principios por los cuales se orientan cada una de las categorías tradicionales, las ideas generales que los estructuran, fundamentan y definen.

⁹³ Expresión utilizada por Will Kymlicka (1996, p. 17).

propiedad pública se han construido para el derecho a la propiedad. Además, se propone lo que sería el contenido del derecho sui géneris.

Capítulo primero

Un derecho sui géneris frente a categorías tradicionales

La distinción teórica es necesaria, no solo por su importancia científica y didáctica, sino también porque existen instituciones de naturaleza controvertida y casos dudosos.

Néstor Jorge Musto

A reclamar el trato diferente a algo que es diferente

Lorenzo Martín Retortillo

Para iniciar

Abordar el estudio de la propiedad colectiva de las comunidades negras desde un enfoque teórico que busca llevar el análisis de esta institución a la teoría de los derechos⁹⁴, implica un primer momento de reflexión que necesariamente debe comenzar con la selección y delimitación de las categorías jurídicas que se utilizarán como soporte para dilucidar si el derecho objeto de estudio queda o no comprendido en las clásicas divisiones de derechos ideadas y desarrolladas por la doctrina y positivadas por los distintos ordenamientos jurídicos.

⁹⁴ Por teoría de los derechos se entiende la orientación que permite analizar e identificar los elementos que definen un derecho y que contribuyen no solo a conceptualizarlo sino a comprender cómo funciona, cómo se ejerce. Para construir esa orientación se tuvieron en cuenta las definiciones de los distintos diccionarios jurídicos, entre ellos la *Enciclopedia Jurídica*. Disponible en [<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/teor%C3%ADa-general-del-derecho/teor%C3%ADa-general-del-derecho.htm>], consultada el 3 de octubre de 2016.

A partir de la precisión realizada para iniciar la discusión, es decir, que el enfoque que se utilizará para analizar los derechos es en parte dualista pero teniendo en cuenta la dimensión cultural y social, esta primera sección del trabajo, sin dejar de presentar una conceptualización del derecho a la propiedad y el fundamento ético y jurídico de su reconocimiento, se concentrará en analizar algunas categorías jurídicas seleccionadas de las clasificaciones de derechos, entre ellas, las de los derechos fundamentales, individuales, colectivos y los derechos reales, con la finalidad de identificar elementos que sustenten parte de la hipótesis, en cuanto a que algunas de esas categorías no son adecuadas, pero que otras no son suficientes para explicar el derecho reconocido a las comunidades negras a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991^[95] y por ende, estaríamos en presencia de un derecho sui generis que es el argumento principal y propuesta de análisis de esta tesis.

Esas categorías fueron seleccionadas por ser las principales referencias desde las cuales se menciona tanto en la normatividad⁹⁶ como en la jurisprudencia⁹⁷ y la doctrina⁹⁸ el derecho en estudio.

⁹⁵ Verbigracia: “Antes de 1991 no había ningún texto legal que de forma expresa reconociera a las comunidades negras como grupos étnicos y sujeto colectivo de derechos. Aunque [...] la libertad de esclavos fue introducida por primera vez en el Constitucionalismo del Estado de Cartagena de 1812 el cual prohibió el comercio y trata de negros, con posterioridad se expidió la Ley de Abolición de la Esclavitud (Ley 21 de 1851). En materia legal a partir de la Ley 21 de mayo de 1851 no volvió a promulgarse una ley especial que tuviera que ver con los derechos especiales de este sector de la población colombiana” (H. Moreno, A. Machado y A. Rodríguez, 2010, pp. 25-86).

⁹⁶ El artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, al cual se hará referencia en páginas siguientes dentro de este capítulo al hablar del fundamento jurídico del derecho, establecen que el Estado reconoce el derecho a la propiedad colectiva a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.

⁹⁷ En términos generales el derecho a la propiedad colectiva tiene su fundamento constitucional, entre otros, en los artículos 58, 63 y 329 de la actual Carta (Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos para comunidades negras, Ministerio de Medio Ambiente, Proyecto Biopacífico, 1996). Sin embargo, el interés, la

importancia y los avances en su protección encuentran su desarrollo en la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional colombiana, que ha definido su carácter de derecho fundamental y de derecho colectivo, en la mayoría de los casos, frente a situaciones fácticas relacionadas con las comunidades indígenas, tal como lo planteó en su salvamento de voto de la Sentencia C-931 de 2009, el Magistrado Juan Carlos Henao Pérez, al señalar que: “Existe una asimetría entre la relativamente poca atención que la justicia Constitucional colombiana le ha prestado a las reivindicaciones afrodescendientes, respecto de otros grupos que han merecido prolijos y elaborados análisis”. De forma específica, en relación con las comunidades negras, los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia entre 2001 y 2014 reiteran el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos (las sentencias de años anteriores abordaban el estudio del derecho a la propiedad desde situaciones fácticas relacionadas con comunidades indígenas). En el caso específico de las comunidades negras, a partir de la Sentencia T-955 de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional reconoció su carácter de derecho fundamental por ser esencial para la supervivencia de estas comunidades. En palabras de la misma Corte, esa sentencia marcó “un hito en la jurisprudencia constitucional relativa a la identidad étnica afro, por ser el primer fallo que amparó los derechos étnicos de una comunidad negra en concreto, los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, los cuales habían sido vulnerados por varias autoridades que autorizaron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales”: Corte Constitucional. Sentencia T-576 del 4 de agosto de 2014, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Una de las sentencias de la Corte Constitucional donde también se pronunció sobre el carácter colectivo del derecho a la propiedad colectiva en relación con las comunidades negras fue la C-169 de 2001: “Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes”. Otro ejemplo que ilustra la consideración como derecho colectivo es la Sentencia T-680 de 2012 en donde la Corte de manera puntual precisó: “Antes de proseguir, se debe insistir en que tales derechos fundamentales son esencialmente distintos a los que radican en cada uno de los miembros de tales comunidades individualmente considerados, y diferentes también de aquellos de los que son titulares las personas jurídicas (concepto dentro del cual no encuadran estos grupos) y de los derechos constitucionales colectivos. En tal medida, procede para su defensa el ejercicio de la acción de tutela, y por lo mismo, se descarta la necesidad de acudir al uso de la acción popular prevista en el artículo 88 superior, desarrollada por la Ley 472 de 1998. Así mismo, es necesario recordar que la determinación de estos derechos, así como la de cuál es su esencia y contenido, está fuertemente ligada a lo establecido en precitado Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales. [...] Este sólido vínculo de pertenencia se explica además en otras circunstancias propias y frecuentes en estas poblaciones, entre ellas el sentido de comunidad, así mismo fuerte, y en cualquier caso superior al que suelen experimentar los miembros de los grupos humanos que habrían de considerarse mayoritarios o predominantes

La reflexión se inicia con una de las primeras denominaciones señaladas para el derecho en estudio, se trata de su carácter de derecho fundamental. El propósito es presentar argumentos adicionales a los señalados por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a considerar que el derecho a la propiedad colectiva es un derecho fundamental, amparados en la “visión integral” señalada en párrafos precedentes.

Luego, a partir de la definición doctrinal de los derechos colectivos, se enlistan razones que justifican por qué, por la forma de su consagración normativa y de su ejercicio, el derecho en estudio no se adecua completamente a esa categorización ni a la de derechos individuales. Finalmente se ofrecen argumentos que desvirtúan su consideración como un derecho real, aunque se trate de la institución o de otra forma de propiedad.

en muchos países occidentales, la presencia de factores relacionados con la espiritualidad y la cosmovisión propias de tales comunidades, así como la existencia de prácticas de subsistencia caracterizadas por la autosuficiencia alimentaria asociada al aprovechamiento del territorio, igualmente típicas y frecuentes en estos grupos étnicos más que en otros. Todo lo anterior justifica entonces que las normas antes referidas, tanto constitucionales como internacionales, hayan reconocido este derecho, que para nuestro caso tiene categoría de derecho fundamental, estableciendo además mecanismos adecuados para su defensa y efectividad”. Esquematizando: la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre derecho a la propiedad colectiva de los territorios habitados tradicionalmente por comunidades negras se ha mantenido desde el 2003 de manera uniforme, considerándolo como un derecho fundamental de carácter colectivo. Más adelante, al explicar los argumentos respecto del carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva, se retomarán algunas sentencias; no obstante hay otras en las que específicamente la Corte, partiendo de escenarios constitucionales propiciados por comunidades negras, se refiere a ese derecho y reitera su carácter de fundamental: Sentencias T-909 del 7 de diciembre de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; T-1045 del 14 de diciembre de 2010, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; T-745 del 14 de septiembre de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁸ Otro autor en el que se asume el carácter colectivo de los derechos de las comunidades negras, entre ellos, el derecho a la propiedad, es Ulrich Oslender (2001, p. 134), quien explica que gracias al artículo 55 transitorio se abrió paso a una ley que otorgaría derechos colectivos sobre las tierras bajas del Pacífico colombiano a las comunidades negras rurales.

1.1. Más argumentos sobre el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras

Los derechos fundamentales han dejado de ser un conjunto de buenas intenciones, para convertirse en la piedra angular de todo el entramado jurídico y político de la Nación

Carlos Alberto López Cadena

Cuando se trata de grupos étnicos, sus derechos, y en especial del derecho a la propiedad colectiva, la primera idea que surge frente a cualquier discurso o reclamo es su consideración como derecho fundamental⁹⁹. Hoy en día existe un consenso generalizado

⁹⁹ Para algunos doctrinantes el derecho a la propiedad no puede tener el carácter de derecho fundamental. Por ejemplo, en el contexto nacional autores como Ochoa (2003, p. 160) consideran que la propiedad es un derecho patrimonial y no un derecho fundamental. En las voces internacionales, el tratadista Lasarte (2005, p. 85) sostiene que: “Ante la insistencia de algunos autores de calificar el derecho de propiedad como derecho fundamental hay que precisar que dicha pretensión es contraria a los términos textuales, y por supuesto al sistema de garantías de la Constitución”. Asimismo, para Ferrajoli (2001, pp. 30-31) el derecho de propiedad es un derecho singular, disponible, negociable, alienable, está en la base de la desigualdad jurídica y hace parte de los derechos patrimoniales por lo que no puede ser un derecho fundamental. Sin embargo, se debe explicar en estas líneas que en términos generales el derecho a la propiedad ha sido reconocido como derecho desde las primeras declaraciones, pactos y convenios internacionales como, por ejemplo, el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “[...] 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. [...] Artículo 21 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969: “[...] 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. En resumen, explica Perroné (2013, p. 359), el derecho de propiedad está incluido, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), en la Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. 23), en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 1.º Protocolo Adicional N.1), en la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos (art. 14), en la Convención

acerca del carácter fundamental de ese derecho. Sin embargo, las razones de su fundamentalidad han quedado reducidas a la reiteración doctrinal¹⁰⁰ de los argumentos esbozados por la jurisprudencia colombiana, principalmente por la Corte Constitucional, que “por lo que respecta a la elaboración del concepto de derecho fundamental, no hace más que delimitar progresiva y evolutivamente su contenido constitucional mínimo” (Osuna, 1998, p. 228).

Por lo tanto, es necesario hacer un breve recuento que permita, en una primera parte identificar las posiciones doctrinales referidas a los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que actualmente la Corte Constitucional defiende la tesis de un catálogo abierto de esa categoría de derechos, lo cual hace más compleja¹⁰¹ y “controvertida” (Bernal, 2014, p.

Internacional de todas las formas de discriminación racial (punto d.v) y en el Tratado de la Constitución Europea (art. II-77).

¹⁰⁰ Para trabajos de doctrinantes se puede consultar a S. Coronado (2006). *El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia*. En: *Controversia* n.º 187, diciembre de 2006. Bogotá: CR, ENS, IPC, FNC, CINEP; S. Coronado, (2009). *Derecho a la tierra y el territorio*. Bogotá: Ediciones Antropos.

¹⁰¹ Siguiendo a Martín-Retortillo (2009, p. 57) la complejidad en el tema de los derechos fundamentales es tan frecuente como la polivalencia que se presenta al tratar de describir, entre otros, el contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas. Explica Osuna (1998, p. 227) que los derechos fundamentales tienen por esencia una estructura abierta y referida a conceptos jurídicos indeterminados. Según Llamas (1994, p. 695), al hablar de derechos fundamentales se plantea una serie de problemas que los especialistas consideran cuestiones no pacíficas. Dice Chinchilla (1999, p. 23) que los derechos fundamentales son derechos en los que el nivel obligacional es tan difuso o etéreo, que el operador jurídico está llamado a desarrollarlo creativamente, constructivamente, cristalizándolo en deberes positivos y negativos específicos sobre el Estado y los particulares, deberes y obligaciones que nunca estuvieron nítidamente formulados por el orden jurídico. De ahí que Casal (2010, p. 10) indica que existe una discusión doctrinal en torno a la exacta definición, especialmente en la relación con las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales. De igual manera, Pegoraro y Delgado (2001, p. 51) sostienen que la determinación de la categoría de “fundamentales” de algunos derechos no corresponde, en efecto, a un análisis semántico de contenidos, sino que por el contrario pretende obedecer a las necesidades de la sociedad en un momento histórico. Por ejemplo, Ernst-Wolfgang Böckenförde (1993, pp. 44-69) explica que existen varias teorías de los derechos fundamentales desde las cuales se realiza su interpretación y definición. La teoría liberal o del Estado de derecho burgués,

100) cualquier discusión teórica sobre qué y cuáles derechos tienen esa categorización¹⁰². Luego se presentan los criterios que la Corte ha delimitado para justificar el carácter

desde la cual los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; la teoría institucional según la cual son principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos; la teoría axiológica que parte de la teoría de la integración de Rudolf Smend para la cual los derechos fundamentales tienen el carácter de normas objetivas, son valores y expresión de decisiones axiológicas; la teoría democrática funcional de los derechos fundamentales bajo la cual se concibe a los derechos fundamentales desde su función pública y política como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática, y la teoría de los derechos fundamentales del Estado social, en la que los derechos fundamentales no tienen “sólo un carácter delimitador-negativo sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado”. En igual sentido, Bernal (2014, p. 100) expone que el concepto de derecho fundamental “ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura”. También Bernal en la presentación del libro de Borowski (2003, p. 15) describe: “Los derechos fundamentales están presentes en todos los ámbitos de la vida. A lo largo de la historia estos derechos han sido fuente de innumerables discusiones y controversias, la mayoría de las cuales aún permanecen sin dilucidar”.

¹⁰² Esta precisión es necesaria porque para el análisis propuesto en esta sección de la tesis, además de los doctrinantes colombianos se consultan doctrinantes alemanes y españoles, y en sus países el catálogo de derechos fundamentales es esencialmente cerrado, de ahí que los criterios para identificarlos y definirlos son sobretudo formales y normativistas. Por su parte, los autores italianos, como el reconocido tratadista Ferrajoli (2001, 2006), solo se enuncian como ilustración en estas notas por ser fuente de autoridad en el tema, ya que elaboro un concepto supranormativo de derechos fundamentales en el que se establece una conexión entre el reconocimiento, la garantía de los derechos fundamentales y la existencia de la democracia, pero teniendo en cuenta que en la Constitución italiana no existe una categorización de derechos fundamentales. Es preciso, como lo describe textualmente Julio-Estrada (2009, p. 125), hacer esta anotación inicial porque a diferencia de lo ocurrido en el caso español y en el caso alemán, cuyos tribunales constitucionales entendieron desde un principio que contaban con un catálogo cerrado de derechos fundamentales, en Colombia la Corte Constitucional rechazó ese postulado interpretativo, y por el contrario ha defendido siempre la idea de que la Constitución colombiana presenta solo un inventario inicial susceptible de ser enriquecido mediante aportes jurisprudenciales. Como lo expone Chinchilla (1999, p. 2), por contraste con otras Constituciones como la alemana y en buena medida la española, nuestra Carta omite una definición cerrada del concepto de derecho fundamental sin ofrecer tampoco una enumeración taxativa de tales derechos. Manuel José Cepeda (1997, p. 5) explica que es importante tener en cuenta que en Colombia los derechos fundamentales no son

fundamental de los derechos de los grupos étnicos, en especial, aquellos aplicados para definir el derecho a la propiedad colectiva como derecho fundamental. La tercera parte de este apartado de la tesis doctoral finaliza con una explicación de los argumentos adicionales que permiten seguir afirmando que el derecho en estudio es también un derecho fundamental; lo novedoso de esta sección será entonces “mostrar las razones” (Prieto, 1991, p. 18) adicionales para justificar y continuar con el discurso del carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, pero, que refuerzan la condición sui géneris del derecho en estudio.

1.1.1. La teoría de los derechos fundamentales

Es necesario advertir al lector que en esta sección solo se presentan algunos conceptos sobre derechos fundamentales ya que “no se pretende [...] construir el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales” (López Cadena, 2015, p. 62), ni ahondar en las diferentes posturas desde las cuales se analiza esta categoría de derecho o sobre su origen¹⁰³, o sobre temas de interpretación, contenido, función¹⁰⁴, restricciones¹⁰⁵, fuente¹⁰⁶,

exclusivamente los del Capítulo I del Título II, pues los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar pero no principal, ni determinante, ni suficiente, sino que puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución.

¹⁰³ Para Julio-Estrada (2000, p. 27), “Buscar el origen del concepto de derecho fundamental es una labor tan agotadora como estéril. Las pesquisas tendrían que remontarse a la remota antigüedad e incluir los aportes de las más diversas corrientes filosóficas del pensamiento occidental”. Asimismo, explica que “es sin duda en la ilustración y en el racionalismo contractualista en donde hay que buscar el origen del sentido actual de las libertades públicas para continuar luego con el primer intento de elaborar una construcción estrictamente jurídica de la idea de derecho fundamental: la teoría de los derechos públicos subjetivos, creación de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX, esencial en la configuración de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales”.

¹⁰⁴ El profesor Pérez Luño (2006, pp. 255-281) presenta el análisis funcional de los derechos fundamentales, explicando las orientaciones, los diferentes modelos de análisis, así como las dificultades y límites de las diferentes concepciones.

límites¹⁰⁷, principios y estructura de los derechos fundamentales¹⁰⁸, que serían temas de estudio en profundidad para diversos trabajos de investigación. De igual manera, no se “pretende resolver la controversia que a menudo trasciende de lo terminológico a lo filosófico en relación con las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales” (Casal, 2010, p. 10) “terminología que no es clara ni unívoca” (Borowski, 2003, p. 30). Para estas líneas, utilizando la “perspectiva de derecho constitucional” (Borowski, p. 2003, p. 30), son conceptos diferentes¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Este tema es abordado, entre otros, por H. Casal (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Venezuela: Legis.

¹⁰⁶ En el artículo de A. Llamas (1994). “Una aproximación garantista a las fuentes de los derechos fundamentales”. En: *Doxa* n.º 15-16 (1994), pp. 695-713, se plantean los diferentes problemas y niveles de aproximación al tema de las fuentes del derecho.

¹⁰⁷ Explica Correa: “... las normas de derechos fundamentales vienen a constituirse en criterio básico para determinar la legitimidad de los actos y decisiones del Estado y en general de la sociedad política. En este sentido cumplen una función específica de tipo ‘teorético estatal’ en tanto encauzan, llenan u orientan los contenidos de la actuación de los poderes públicos”; cfr. M. Correa, (2003). *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, p. 19.

¹⁰⁸ Se debe tener en cuenta que en esta sección no se realiza un análisis práctico de la aplicación a casos concretos. El interés es determinar qué argumentos adicionales justifican que el derecho a la propiedad sea fundamental. Tal como lo señala Böckenförde (1993, p. 67), las distintas teorías de los derechos fundamentales se utilizan alternativamente como puntos de vista para la resolución de problemas con el fin de alcanzar en el caso concreto un resultado “óptimo”. Para ampliar acerca de la estructura de los derechos fundamentales cfr., entre otros, M. Borowski (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Carlos Bernal Pulido (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹⁰⁹ La expresión “derechos fundamentales” se usa generalmente en el sentido de “derechos humanos”, o se sustituye por ella (Palombella, 1999, p. 525). Sin embargo, entre ambas expresiones existen profundas diferencias; es necesario subrayar, al menos, que la expresión “derechos humanos” es absoluta, se refiere al hombre, con independencia de cualquier contexto o especificación adicional, en tanto que “derechos fundamentales” es, por el contrario, plausiblemente abierta y relativa; en consecuencia, puede referirse al “hombre” y a otros elementos, ya sean ámbitos, casos, circunstancias, o bien, sociedades, órdenes jurídicos o

Con la precisión anterior, en primer lugar, como dice Solozábal (1991, p. 87), lo que se debe preguntar es ¿qué debemos entender por derechos fundamentales? Para dar respuesta a este interrogante, tal como lo explica Bernal (2003, p. 14), un referente inexcusable está en Alexy (1986, 2003).

Para Alexy (2003, p. 19) lo primero es precisar que los derechos fundamentales son derechos¹¹⁰. Partiendo de ese punto, afirma (Alexy, 2003 p. 21) que existen tres concepciones (material, formal y procedimental) desde las cuales se puede estructurar un concepto de derecho fundamental; planteamiento que también es acogido por Borowski (2003, p. 33). Sin embargo, las definiciones de derecho fundamental propuestas por Alexy (1986, 2003) y analizadas, entre otros, por Bernal (2014) no son adecuadas para este trabajo por cuanto no se pretende realizar un análisis basado en el “problema de si la norma de derecho fundamental que lo establece es válida a partir de las disposiciones constitucionales” (Bernal, 2014, p. 110); en otras palabras, en esta investigación se indaga por un concepto de derecho fundamental que no se concentra en el tema de la estructura, de forma que el concepto de derecho fundamental como “haz de posiciones y normas

morales, y es, pues, con respecto a esos derechos que se puede (o debe) hablar de fundamentalidad (Palombella, 1999, p. 526). Explica Canal (2010, p. 16) que una distinción que goza de amplia aceptación es la que reserva la expresión derechos humanos al plano de la proclamación y protección internacional de los derechos inherentes a la persona, mientras que la de derechos fundamentales es aplicada al reconocimiento y garantía de esos derechos, u otros considerados trascendentales en una comunidad política determinada, en el plano constitucional. Para ampliar la información en cuanto a las diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales cfr. A. Pérez Luño (2006). *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Editorial Aranzadi y Universidad de Navarra; D. Pisciotti (2001). *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Sin embargo se debe señalar que esta es una discusión que se da desde el plano filosófico que ya ha sido superada desde lo normativo con la existencia, por ejemplo, del Bloque de Constitucionalidad.

¹¹⁰ Para Rovira (1983, p. 81) la naturaleza de los derechos fundamentales es compuesta y por lo tanto dinámica, por un lado son valores que se forman históricamente y por otro son auténticos derechos.

vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal, 2014, p. 101) no es punto de partida del estudio propuesto¹¹¹.

Para el profesor Solozábal (1991, p. 88), desde un punto de vista individual los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación y su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su disfrute resulta imprescindible. Los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del estatus jurídico del individuo.

Peces-Barba Martínez (1999, p. 36), quien tiene preferencia por la expresión derechos fundamentales por ser más precisa y procedente, define estos derechos como “una realidad social” (1999, p. 112) “una pretensión moral justificada, tendiente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica” (1999, p. 109).

De Asís (2000, p. 17) define los derechos fundamentales como un conjunto de pretensiones que los hombres se plantean y a las que se enfrentan con decisiones o situaciones de poder.

¹¹¹ Desde el punto de vista formal, el reconocido tratadista Alexy (2003, p. 21) explica que los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución. Desde un enfoque material, y rescatando la propuesta de Carl Schmitt, según Alexy (2003, p. 28) los derechos fundamentales son esencialmente derechos del individuo siempre que se admita que ciertos grupos, organizaciones o personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales porque se favorecen los intereses de los individuos. En esa visión los derechos fundamentales son “derechos que han sido llevados al derecho positivo con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva de derechos humanos” (Alexy, 2003, p. 28).

Finalmente Alexy (2003, p. 30) describe cómo, desde una concepción procedimental, los derechos fundamentales entrelazan elementos materiales y formales, y su definición se construye con base en las preguntas de quién tiene la competencia para decidir sobre los derechos fundamentales y de qué manera.

Para De Asís (2000, p. 21) los derechos fundamentales tienen origen ético y solo alcanzan su consideración como derecho fundamental con su incorporación al ordenamiento.

Retomando el plano local, para Mario Madrid Malo Garizábal (1994, p. 6) los derechos fundamentales hacen parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda la comunidad política, en cuanto le sirven de principio y de razón primordial. Son derechos humanos originarios, exigencias jurídicas formuladas *a priori* por la dignidad humana que favorecen el desarrollo integral de la persona, atemperan el ejercicio del poder político y consiguen la plena realización del bien común.

Para Chinchilla (1999, p. 18) los derechos fundamentales no son derechos subjetivos a secas, sino que poseen una dimensión valorativa o ética insoslayable que es relevante para la interpretación y para la práctica institucional. Además, como valores fundantes del orden ético-político adquieren también una dimensión objetiva, pues “... no comportan solamente beneficios para el titular del derecho ni los deberes limitan solamente las ventajas que proporcionan a unos directos beneficiarios de los mismos”.

De acuerdo con Osuna (1998, p. 37), en el Estado Social de Derecho los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero no son solo eso: tienen también una función social, son

... valores del ordenamiento, principios generales del derecho, mandatos de actuación para los poderes constituidos, garantías institucionales, presupuestos de la democracia, elementos de legitimación política, pautas de convivencia cívica, derechos individuales y derechos colectivos, etc., y además constituyen el principal motor de impulso para la construcción del ideal humano de emancipación (Osuna, 1998, p. 295).

El profesor Chinchilla (1999, p. 57) también define los derechos fundamentales como componentes básicos del derecho positivo de un Estado constitucional de derecho cuya factura jurídica muestra un intenso carácter moral, y reclama un discurso ético para ellos a fin de lograr su adecuado manejo.

Julio-Estrada (2000, p. 28) manifiesta que en relación con el concepto de derechos fundamentales también existe la teoría de la doble dimensión, desde la cual los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos frente al Estado, son un sistema de valores que irradia el conjunto del ordenamiento jurídico, armonizando su naturaleza jurídica (derechos subjetivos) con su dimensión filosófica de valores absolutos o universales.

Arango (2012, p. 32) define los derechos fundamentales como derechos subjetivos con un alto grado de importancia, y señala (2012, p. 34) además que para tener ese carácter deben estar relacionados con la norma jurídica fundamental, con una obligación jurídica fundamental y con una posición fundamental.

De las definiciones anteriores resulta relevante destacar, como lo hizo Osuna (1998, p. 292), que actualmente la concepción de los derechos fundamentales se da en una doble perspectiva: como derechos subjetivos, y como valores y principios del ordenamiento llamados a su desarrollo objetivo; esto es lo que explica Julio-Estrada (2000, p. 66) como una doble dimensión o doble cualificación de los derechos fundamentales. De igual manera, señala Osuna (1998, p. 292) que inicialmente el concepto de derecho fundamental estaba ligado al concepto de sujetos individuales, pero con el desarrollo de los llamados derechos de tercera generación hoy se acepta la existencia de derechos fundamentales no solo para individuos sino también para colectivos.

Entonces, el concepto de derecho fundamental ha estado ligado a la discusión de los derechos subjetivos¹¹², la cual no se profundiza en esta tesis porque sería “una tarea que sin

¹¹² Según Arango (2012, p. 8) el debate en torno al concepto del derecho subjetivo es antiguo y complejo, por lo que la literatura es amplia. El derecho subjetivo, en su sentido más estricto, narra Arango (2012, p. 9), se identifica con las siguientes características: “... una norma jurídica, una obligación jurídica de otro derivada de esta norma y un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto”. Entre otros autores en los que se puede ampliar información de forma detallada sobre este concepto cfr. A. Julio-Estrada (1997). *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

duda desbordaría los propósitos de este trabajo” (Julio-Estrada, 2000, p. 27). Claramente advierte Chinchilla (1999, p. 18) que este molde tan hecho a las necesidades del derecho civil no da cuenta de otras posibilidades de eficacia que al derecho fundamental se le ofrecen en la complejidad del ordenamiento jurídico contemporáneo.

Como bien lo dijo Chinchilla (1999, p. 3), la afirmación de la existencia de derechos fundamentales como categoría normativa significa que ciertos derechos poseen unas implicaciones jurídicas especiales en el ordenamiento. Como en este trabajo se propone una mirada distinta en cuanto a considerar que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho *sui generis*, es necesario presentar “una instrumentalidad discursiva y técnica para que la operación sea racionalmente sustentable” (Chinchilla, 1999, p. 3).

De esa forma, al tratar de encuadrar el derecho en estudio en la definición ofrecida por diferentes tratadistas sobre derechos fundamentales, al menos desde “la concepción propia de la filosofía liberal del siglo XVIII” (Julio-Estrada, 2000, p. 27) se rompe con los elementos teóricos contruidos para definir un derecho como fundamental, es decir, se abre la puerta al estudio de un derecho que, en cuanto facultad de disposición o potestad, es subjetivo, pero a la vez no lo es totalmente porque no está ligado estrictamente a sujetos individuales (“... contenido originario de raigambre liberal de los derechos fundamentales”: Julio-Estrada, 2000, p. 71) por poseer una forma de titularidad distinta, como se verá más adelante en este trabajo.

La definición de derecho fundamental ha estado ligada tradicionalmente al concepto de individuo, de persona, de ciudadano, relacionada con algunos derechos y con la exigencia de positivación. Sin embargo, en la actualidad es necesario, como señala López Cadena (2015, p. 23), tener claro que las relaciones de estos sujetos de derecho (ciudadanos) no son estáticas sino dinámicas, pues están en constante cambio. Además, el

... sistema de los derechos fundamentales presentes hoy en Colombia garantiza a los ciudadanos una doble función, esto es, una función subjetiva que implica la posibilidad de acudir a los mecanismos de protección de los mismos por ser considerados como derechos subjetivos y por otra

parte reconocen una función objetiva, es decir, el ordenamiento jurídico se encuentra vinculado por la fuerza vinculante de los derechos (López Cadena, 2015, p. 58).

Para esta tesis es de mucha utilidad la definición de derechos fundamentales tomada de la jurisprudencia constitucional colombiana¹¹³ y presentada por el profesor López Cadena (2015, p. 64):

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se puede sostener que en Colombia son derechos constitucionales fundamentales los inherentes a la persona humana, los reconocidos de manera directa o indirecta en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata y los que tienen conexión directa con el momento histórico en que pretenden desplegar su fuerza normativa.

El último elemento de esta definición permite construir los argumentos adicionales para sustentar la fundamentalidad de un derecho que se propone como *sui generis*.

¹¹³ En la Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, el máximo Tribunal Constitucional colombiano explica: “La Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. A partir de dicho análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica)”.

1.1.2. ¿Por qué son fundamentales los derechos de los grupos étnicos?

Actualmente existe en Colombia una apuesta en común tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en relación con el carácter fundamental de los derechos de los grupos étnicos. Posición que ha sido construida y aceptada en el país gracias al “rechazo del postulado interpretativo del catálogo cerrado de derechos fundamentales” (Julio-Estrada, 2009, p. 125) defendido por la Corte Constitucional, en el que se pueden identificar dos posiciones¹¹⁴: una normativista, que puede llamarse cerrada, desde la cual son derechos fundamentales los que aparecen enlistados y con la asignación de esta categoría en un texto normativo (en la cual no tendría cabida la presente reflexión), y otra dogmática, que sale al paso a los “problemas de escasez de previsiones normativas y de ambigüedad terminológica” (Julio-Estrada, 2009, p. 127), y permite “acudir a otros elementos identificadores de esta categoría normativa elaborando criterios que permitan justificar el

¹¹⁴ Julio-Estrada (2009, p. 130) explica que en una primera época hubo una diversidad de posturas debido al proceso de consolidación constitucional. Por ejemplo, inicialmente hubo recelo en declarar el carácter fundamental autónomo de los derechos económicos, sociales y culturales. También se alegaba que la fundamentalidad de un derecho dependía de las circunstancias que rodean el caso en concreto, exigiendo eficacia directa y contenido esencial. Sin embargo, tal vez por su excesivo rigor, esta propuesta no tuvo gran acogida. Luego se introdujo el concepto de dignidad humana desde una visión del carácter material de los derechos fundamentales. A su vez el profesor Chinchilla (1999, p. 46) también explica que saber cuáles son los derechos fundamentales no depende de su enunciación en un precepto constitucional o iusinternacional positivo, sino que este catálogo debe ser ampliado de manera indefinida para incluir también todos aquellos derechos que, aun sin fundamento normativo explícito, pueden ser deducidos como inherentes a la persona humana, lo cual exige que el juez los descubra mediante un razonamiento axiológico, que en este caso es un razonamiento ético a partir de los valores superiores explícitos o implícitos de la Carta. Según Chinchilla (1999, p. 63) se deben cumplir dos requisitos para que un derecho sea fundamental, a saber: 1. Pasar por un test de la positivación interna, es decir, la inclusión en el catálogo o carta de derechos de una Constitución teniendo en cuenta la ampliación de la carta por los derechos no positivados o los de fuente internacional, y 2. Los derechos deben tener una garantía constitucional reforzada. Sin embargo, en su descripción (1999, p. 96) Chinchilla precisa que la Corte Constitucional trazó en sus providencias iniciales tres clases de criterios para definir qué son y cuáles los derechos fundamentales: criterios principales (axiológicos y formales), criterios auxiliares o técnicos, y el criterio de conexidad, todos ellos no excluyentes sino complementarios entre sí.

carácter fundamental de un derecho en particular en un caso en concreto” (Julio-Estrada, 2009, p. 126). Esta segunda posición es lo que López Cadena (2015, p. 62) llama teoría abierta, y desde ella, según el autor, la jurisprudencia “ha optado por la concreción de dos juicios de orden material: 1. La relación del derecho constitucional con la dignidad humana¹¹⁵, y 2. La conexión del derecho constitucional con la realidad constitucional en la cual el mismo pretende desplegar su fuerza normativa”.

¹¹⁵ De acuerdo con la descripción de Carvajal (2005, p. 13), este principio jurídico penetró en nuestros sistemas jurídicos, pero ha estado presente desde hace mucho tiempo en el fundamento teórico de diversas religiones del mundo, y en el pensamiento filosófico. Por ejemplo, Immanuel Kant nos dejó una sólida construcción de la dignidad humana como principio moral fundamental, lograda por el uso de la fuerza de la razón objetiva que nos obliga y que es común a todos. Durante el siglo XX, explica Carvajal (2005, p. 15), el principio de dignidad humana hizo su aparición en el mundo del derecho al incluirse en textos de Derecho Internacional. También dice Carvajal (2005, pp. 84-87) que la aplicación jurisprudencial del principio de dignidad de la persona humana ilustra la dualidad que caracteriza a todo derecho fundamental: por un lado derecho objetivo y por otro derecho subjetivo. Además, explica cómo el concepto de dignidad regla el derecho al respeto de la dignidad de una persona determinada, protege a la persona frente una eventual agresión proveniente de cualquier persona de derecho público, y hoy en día, de los excesos de cualquier persona de derecho privado. De ahí que la dignidad sería un derecho con vocación de prevalecer sobre los otros, por lo tanto, un derecho fundamental que el titular puede oponer a todos los poderes públicos y privados. Peces Barba-Martínez (2005, p. 55) señala que la dignidad humana se presenta como el referente principal de los valores políticos y jurídicos de la ética pública de la modernidad, y que los principios y derechos que de ellos se derivan constituyen el fundamento de los derechos humanos. Para la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-227 de 2003): “El concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la ‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle’ y de ‘la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad’, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo, inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas, cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias”.

Continuando con Julio-Estrada (2009, p. 139), desde esa posición surgen los criterios identificadores de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: de un lado, un criterio formal, y de otro, los criterios materiales. Así, retomando a Julio-Estrada (2009, p. 126), surgen figuras como la conexidad para asignar el carácter de derecho fundamental a derechos sociales, económicos, culturales y colectivos de acuerdo con las circunstancias, y el concepto de sujetos de especial protección constitucional para salvaguardar mediante tutela pretensiones que parecen solamente legales, criterio que según Julio-Estrada (2009, p. 140) acerca la doctrina contemporánea que defiende simultáneamente el carácter universal y la especificidad de los derechos.

Sumado a estas dos figuras, el profesor López Cadena (2015, p. 63) propone dos “bloques” que harían parte de la posición abierta, dogmática, y del criterio material que permite identificar a un derecho como fundamental, que se concreta, según el tratadista, en que los derechos dependen de su relación con su inherencia a la persona humana, es decir, en el principio de la dignidad humana, y que los derechos dependen de su conexión directa con el momento histórico, sustentado en una teoría dinámica del derecho y en un criterio flexible.

De esta forma los derechos de los grupos étnicos se han protegido como derechos fundamentales utilizando el criterio material, aplicando inicialmente dos figuras básicas (conexidad con el derecho a la subsistencia y la condición de sujetos de especial protección constitucional), y en la actualidad desde el mismo “carácter material de los derechos fundamentales” bajo el concepto de dignidad humana¹¹⁶, aunque no sea extensivo (dignidad humana) a todos los derechos, como sucede con el derecho objeto de esta disertación.

¹¹⁶ Retomando el tema de los criterios para identificar si un derecho es fundamental o no, ¿qué criterio puede utilizarse para afirmar que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho fundamental? La respuesta a este interrogante, siguiendo a López Cadena (2015, p. 62), “es una tarea bastante difícil, pues dichos criterios se han ido construyendo por la jurisprudencia constitucional de manera oscilante”

De la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana¹¹⁷ se deduce que el derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos (tanto para comunidades negras como indígenas) es fundamental, y además colectivo, amparado en lo que Dulitzky (2010, p. 21) denomina un “concepto culturalista del territorio”¹¹⁸; es decir, las razones esbozadas por la Corte parten de una relación de interdependencia entre identidad étnica y cultural, supervivencia y territorio colectivo; de esa forma, en la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional colombiano, al igual que en la del Sistema Interamericano de Derechos

¹¹⁷ El carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva en pronunciamientos que parten de situaciones fácticas relacionados específicamente con comunidades negras aunque no surgen de un mismo escenario constitucional (es una situación persistente en los pronunciamientos de la Corte debido a la escasez de análisis de situaciones relacionadas con las comunidades negras como se anunció en la parte preliminar de este trabajo) se precisa, entre otras, en las Sentencias T-955 del 17 de octubre de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis; C-461 del 14 de mayo de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-376 del 18 de mayo de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-461 del 8 de julio de 2014, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, y T-823 del 17 de octubre de 2012, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹⁸ El profesor de la Universidad de Texas hace un recuento de la forma como los afrodescendientes se transformaron en pueblos tribales a través de los fundamentos desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (integrado por la Corte junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Según Dulitzky (2010, p. 13), en la última década la Corte Interamericana de Derechos Humanos avanzó en el reconocimiento y la protección del derecho colectivo al territorio ancestral de los afrodescendientes (es reciente, pues solo desde 2005, dice Dulitzky [2010, p. 17] la Corte comenzó a extender los principios que se aplicaban exclusivamente a las comunidades indígenas, a ciertas comunidades rurales afrodescendientes). Señala el autor (2010, p. 14): “La aproximación cultural a la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como la equiparación de una comunidad afrodescendiente a un pueblo tribal fueron los mecanismos utilizados por la Corte para extender a ciertas comunidades rurales afrodescendientes la jurisprudencia que había desarrollado hasta ese momento en relación con los pueblos indígenas”. Sin embargo, Dulitzky (2010, p. 22) explica que esta aproximación cultural tiene varias dificultades porque no reconoce el dinamismo y la capacidad de cambio de las culturas, obliga a los afrodescendientes a afirmar sus prácticas culturales con la asimilación de las prácticas de las comunidades indígenas, y puede producir diferentes efectos al interior del movimiento negro latinoamericano al generar discusiones entre los que favorecen la identificación cultural y los que pregonan la identificación racial.

Humanos, se sustenta el carácter fundamental en un “argumento de reconocimiento étnico cultural” (Dulitzky, 2010, p. 13) donde reconoce el derecho a la propiedad como un derecho fundamental colectivo basado en “las particularidades culturales y la especial conexión de los pueblos indígenas y de algunas comunidades afrodescendientes con el territorio (Dulitzky, 2010, p. 21).

De ahí que se pueda afirmar que la jurisprudencia constitucional, por demás reiterativa y sin muchas variaciones, se ha fundamentado desde una posición abierta en un criterio material para amparar vía tutela el derecho a la propiedad colectiva; criterio material que ha pasado por varias etapas: una primera en la cual se utilizó la figura de la conexidad demostrando que el derecho en estudio no llegaba a ser un derecho autónomo, y una segunda que reforzó el amparo con el concepto de sujetos de especial protección constitucional y el bloque de constitucionalidad, tal como se ilustra en la siguiente tabla.

Tabla 2

Criterios para la categorización del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos como derecho fundamental

| Criterio | Figura | Argumentos |
|-----------------|------------------|--|
| | Conexidad | <p>El derecho a la propiedad es un elemento indispensable para garantizar la supervivencia de los grupos étnicos por la estrecha relación que existe entre la comunidad y su territorio[*].</p> <p>En otras palabras, el derecho a la propiedad es fundamental por la importancia de la relación que las comunidades tienen con el territorio que ocupan, y la relevante conexión que guarda con su cultura, tradición y costumbres, además de que de él depende la supervivencia^{**}.</p> <p>El territorio es esencial para la subsistencia de los grupos étnicos.</p> <p>Garantiza y tiene directa conexión con la diversidad étnica y cultural^{***}.</p> <p>Es un derecho de especial importancia para las culturas y valores espirituales^{****}.</p> |

| | | |
|-----------------|---|--|
| Material | | La propiedad colectiva pretende lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades. |
| | Sujeto de especial protección constitucional | El derecho a la propiedad colectiva exige una protección constitucional preferente porque es un elemento esencial para la preservación de la cultura y valores espirituales, así como garantizar la subsistencia física y su reconocimiento como grupo cultural diferencial****. Tratamiento especial de la Constitución hacía las comunidades negras*****. |
| | Bloque de constitucionalidad | El derecho a la propiedad colectiva se encuentra fundamentado en la Constitución Política y es reconocido en convenios internacionales aprobados por el Congreso como el Convenio 169 de la OIT*****. |

* Entre otras, cfr. Sentencias T-188 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, y SU-510 del 18 de septiembre de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

** Cfr. Sentencias T-188 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-461 del 8 de julio de 2014, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-009 del 21 de enero de 2013, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*** Cfr. Sentencias T-188 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

**** Cfr. Sentencias C-104 del 15 de marzo de 1995, M. P.: Hernando Herrera Vergara y T-433 del 23 de mayo de 2011, M. P.: Mauricio González Cuervo.

***** Este argumento de la Corte se puede ver, entre otras, en las Sentencias T-606 del 7 de junio de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-188 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-525 del 25 de septiembre de 1998, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; T-405 del 23 de septiembre de 1993, M. P.: Hernando Herrera Vergara, y T-652 del 10 de noviembre de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

***** En las Sentencias T-909 del 7 de diciembre de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo y T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

***** Cfr. Sentencias T-235 del 31 de marzo de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-257 del 30 de junio de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero y T-433 del 23 de mayo de 2011, M. P.: Mauricio González Cuervo.

Fuente: elaboración propia.

Con base en los anteriores argumentos, se deduce que en Colombia el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos no ha tenido como principal justificación, ni se ha ligado estrictamente con el concepto de dignidad humana¹¹⁹, que, como se vio al inicio de este apartado, en la actualidad¹²⁰ constituye la base central para el reconocimiento de derechos fundamentales, sino que se ha sustentado en un criterio que podríamos llamar mixto, en el que se integran varias figuras como la conexidad o visión “culturalista”, es decir, en la relación construida con el territorio para el ejercicio de la cosmovisión y las prácticas tradicionales de los grupos étnicos que se convierten en la fuente de su subsistencia, en su condición de sujetos de especial protección constitucional, y el bloque de constitucionalidad¹²¹.

¹¹⁹ Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. Al relacionar la dignidad humana con el derecho en estudio, lo primero que resalta es que se trata de un principio vinculado con el concepto de individuo, de persona, y no estrictamente con grupos o colectivos; aunque hay desarrollos doctrinales que han construido un concepto de dignidad humana con carácter colectivo, o un concepto amplio de dignidad humana, como los de Moncayo (2004, p. 95) y Dávila (2012, p. 125), quien en su artículo “Dignidad humana colectiva como condición previa de los derechos humanos colectivos” explora algunos argumentos desde los cuales explica cómo la noción de dignidad humana normalmente se asocia con los individuos, y a la vez suele emplearse como la base conceptual sobre la que se erigen los derechos humanos, no obstante ofrecer una aproximación filosófica desde la cual la dignidad humana también se aplica a los colectivos como una forma de legitimar el reclamo de los derechos humanos en su favor.

¹²⁰ Bien dice López Cadena (2015, p. 67) que “... la dignidad de la persona es el fundamento de los derechos, ya que el ser humano, en cuanto tal, es único en relación con los demás seres vivos, pues se encuentra dotado de la racionalidad como elemento propio”.

¹²¹ De acuerdo con el “Manual para los mandantes tripartitos” de la OIT (2013, pp. xi, 1) el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (se trata del Convenio 169 que es un convenio único), adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en su 76.ª reunión en 1989, en cooperación con el sistema de las Naciones Unidas, refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven, y las responsabilidades de los gobiernos de proteger esos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas a la vez que reconoce sus derechos sobre las tierras y

1.1.3. Argumentos adicionales sobre el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras

Además de las razones elaboradas por la Corte Constitucional colombiana en relación con el derecho en análisis, para este trabajo resulta relevante defender, como lo propone López Cadena (2015, p. 86), un criterio o teoría dinámica y flexible de la interpretación de los derechos fundamentales, que se ubicaría en lo que en párrafos precedentes denominamos posición dogmática o teoría abierta y criterio material.

Lo anterior permite que un derecho tenga tal categorización motivado en aspectos menos rígidos que los propuestos por la primera posición analizada en esta sección, es decir, un derecho puede ser fundamental por una combinación de criterios como la conexidad, la dignidad humana, el bloque de constitucionalidad y principalmente, para el caso en estudio, por la conexión con el momento histórico que tiene en cuenta la realidad social.

los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a esos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que influyen en sus vidas. En 1957, y en representación del sistema de las Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (107), el primer tratado internacional en ocuparse de los derechos de los pueblos indígenas, que sigue todavía vigente en 17 países en los que se usa como instrumento para garantizar ciertos derechos mínimos. Sin embargo, dicho Convenio quedó cerrado a nuevas ratificaciones a partir de la entrada en vigor del Convenio 169. El Convenio 107 se orientaba intrínsecamente hacia la asimilación, lo cual era típico en aquellos tiempos, y se fundamentaba en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar las decisiones respecto de su desarrollo. En 1986 una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que “el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno”. En consecuencia, la OIT inició la revisión del Convenio 107 y finalmente adoptó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989 (Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, p. 4).

Para este trabajo resulta “muy novedoso y también valioso” considerar el momento histórico “como parte de la noción de derecho fundamental” (López Cadena, 2015, p. 79) pues, aceptando la propuesta de López Cadena (2015), sería la fuente para identificar más argumentos que sustenten la fundamentalidad de un derecho que tradicionalmente ha sido vinculado con la visión de derechos fundamentales desde el “carácter configurativo de lo público” (Gómez, 2005, p. 33) o, estrictamente, con el “concepto de derecho público subjetivo”¹²², y solo a nivel de individuos, como sucede normalmente con el derecho a la propiedad.

De ahí que el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras no parta de un criterio exegéticamente formal, sino del criterio dinámico y flexible propuesto por López Cadena (2015, p.); en tal sentido, en estas líneas se proponen tres justificaciones complementarias desde las cuales se sustenta que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es fundamental, así:

1. *Justificación formal.* Aquí se reiteran los argumentos de la Corte, en cuanto a que el derecho a la propiedad colectiva ha sido reconocido como tal en instrumentos internacionales ratificados por el país e “integrados” (López Cadena, 2015, p. 77) al ordenamiento jurídico colombiano. El derecho en estudio es reconocido como derecho en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹²³ que hace parte del bloque de constitucionalidad.

¹²² Por ejemplo, el profesor Julio Estrada (1997, p. 12) estudia el concepto de derecho público subjetivo en las obras de Georg Jellinek, y retomando a Alexy (1993) explica que la doctrina de los derechos públicos subjetivos son ejemplo de una gran conceptualización teórica, que aun en la actualidad tiene vigencia como base para la clasificación de los derechos.

¹²³ El artículo 14 del Convenio 169 de la OIT establece: “[...] 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación

En cuanto a la aplicación del Convenio 169 de la OIT a las comunidades negras, en la Sentencia C-169 de 2001^[124] la Corte Constitucional precisó que las comunidades cumplen con la doble condición, o con dos requisitos (elemento objetivo y subjetivo) para la aplicación del Convenio:

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado.

De esa manera, el Convenio 169, aprobado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, resulta plenamente aplicable a las comunidades afrodescendientes, ya que su descripción se ajusta a la definición contenida en él (Coronado, 2006, p. 63).

1. *Justificación cultural*. El derecho a la propiedad colectiva es esencial para garantizar la supervivencia como grupo y el ejercicio de las prácticas tradicionales de las comunidades negras. En esta justificación quedan comprendidos los argumentos de

de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados". Según López Cadena (2015, p. 74), el Bloque de Constitucionalidad constituye un mecanismo de amplificación de los derechos en el ordenamiento colombiano y su fuente normativa es el derecho internacional de los derechos humanos.

¹²⁴ En la Sentencia C-169 de la OIT de 2001, la Corte Constitucional, por remisión del Presidente del Senado de la República, revisó el proyecto de Ley 025/99 Senado y 217/99 Cámara, "... por el cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia" relacionado con la circunscripción especial para comunidades indígenas, negras, minorías políticas y colombianos residentes en el exterior.

la visión “cultural” del derecho a la propiedad colectiva, que sería el argumento de la conexidad que ya se ha desarrollado en párrafos anteriores.

2. *Justificación ancestral.* Desde una visión que puede denominarse iusnaturalista, y que se retomará más adelante (al explicar la justificación ética del derecho), el derecho a la propiedad colectiva es un derecho reconocido por el Estado colombiano, esto implica que con anterioridad al acto de reconocimiento (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 55 transitorio) las comunidades comprendieron que tenían un derecho sobre los territorios que tradicionalmente habían ocupado, reclamaron el derecho, se organizaron y crearon un plan de vida que inicialmente es colectivo, y representa la oportunidad para gozar de otros derechos y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado.

El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho fundamental con una naturaleza especial que está dada no por su consagración normativa o por el desarrollo jurisprudencial, sino por lo que Chinchilla (1999, p. 36) denominaba “dimensión primigeniamente moral y una especial carga de eticidad”.

Lo anterior, porque el derecho en estudio, hace parte de aquellos “derechos pertenecientes al discurso moral de una comunidad” (Chinchilla, 1999, p. 37); en otras palabras, el derecho a la propiedad colectiva parte de una concepción ética ya que lo que ha hecho el Estado colombiano es reconocer un derecho que por deuda histórica le pertenecía a un grupo étnico. Como se ve, el recorrido por la historia de la regulación de la situación de los descendientes de africanos en Colombia se puede resumir como el recorrido por la invisibilización de las necesidades de este grupo social de cara a la construcción del país (Coronado, 2006, p. 55).

Continuando con la búsqueda de más argumentos, encontramos la propuesta de Chinchilla (1999, p. 47), desde la cual identifica que al remitirse a las normas que contienen el derecho

en estudio, no se hace referencia a aquellas que lo “consagran” o lo “establecen”, sino a las que lo “reconocen; como muestra los artículos 55 transitorio de la Constitución de 1991^[125] y el artículo 1.º de la Ley 70 de 1993^[126]. La descripción normativa anterior supone, en términos de Chinchilla (1999, p. 46), que el derecho a la propiedad colectiva hace parte de aquellos derechos que tienen existencia prejurídica¹²⁷, y que el ordenamiento solo los garantiza y el juez los descubre mediante un razonamiento ético a partir de los valores superiores explícitos o implícitos de la Carta, que para el caso serían la identidad étnica y cultural, que es uno de los argumentos considerados por la Corte para asignar el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva.

¹²⁵ “Artículo Transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les *reconozca* a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, *el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley* (cursiva fuera de texto). En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida solo será enajenable en los términos que señale la ley”.

¹²⁶ Ley 70 de 1993. “Artículo 1.º. La presente ley tiene por objeto *reconocer* a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que esas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana (cursiva fuera de texto).

¹²⁷ Verbigracia, las comunidades negras de la región del Atrato, organizadas en el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (COCOMACIA) explican que las comunidades buscaron la forma de defender lo que había sido suyo después de la lucha por la libertad: la tierra de sus ancestros (Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 112)

En efecto, la existencia de derechos que han sido reconocidos tiene que ver con el surgimiento mismo de la idea de Estado, que según De Asís (2000, p. 24) también corresponde a una realidad histórica, ya que los Estados en sentido moderno fueron creados en el período comprendido entre los siglos XIII y XVIII. El Estado es, según este autor, fruto de una evolución que se relaciona con la forma de gobierno característica de la Edad Media y con la transformación social del tránsito a la modernidad¹²⁸.

Entonces, el derecho a la propiedad de las comunidades negras por este proceso histórico, refleja el mismo proceso de constitución del Estado y de institucionalización de los derechos fundamentales, ya que se “hizo necesario instituir una sociedad civil en la que los derechos naturales que los hombres poseían en el estado de naturaleza” (en este caso, en el estado primero de esclavización y luego de invisibilización) puedan ser disfrutados por todos y garantizados por el poder. También dice Ochoa (2003, p. 160) que los derechos fundamentales (como el derecho a la propiedad colectiva) son superiores y anteriores al Estado.

De esa forma el derecho en estudio es fundamental por las razones esgrimidas por la Corte Constitucional, sumado a la justificación que se ha denominado en este trabajo “ancestral”; entonces, bajo el amparo del criterio flexible se puede hablar del argumento ancestral como la fuente de la fundamentalidad del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

La justificación ancestral se complementa con el argumento presentado por López Cadena (2015, p. 79) del “momento histórico”, es decir, el carácter fundamental del derecho en estudio también parte de los cambios que se dieron en la sociedad colombiana en la década

¹²⁸ La primera formulación del Estado, dice De Asís (2000, p. 25), fue la época del Estado Estamental; luego, vino el Estado Absoluto, donde aparecieron las primeras declaraciones positivas de derechos, en este caso derechos fundamentales configurados como exigencias del individuo frente al poder del Estado. En relación con el derecho en estudio hay exigencias de los individuos que se identificaron como miembros de un grupo étnico, pero frente a la inacción e invisibilización del Estado.

de los noventa¹²⁹, en la que afloraron las reivindicaciones de diferentes sectores de la sociedad, entre ellas, los reclamos de las organizaciones étnicas y la necesidad del reconocimiento de la diversidad del país¹³⁰. Según Hoffmann (2007, p. 39) el nuevo texto consagró, entre otras normas, la entrada de la etnicidad en el discurso constitucional y presentó innovaciones de consideración en las cuestiones del reordenamiento territorial y del régimen de propiedad.

De igual manera, continuando con el profesor López Cadena (2015, p. 80), las declaratorias recientes de la Corte Constitucional del “Estado de Cosas Inconstitucional”¹³¹ frente a la

¹²⁹ En la Sentencia T-800 del 31 de octubre de 2014, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se señaló: “La Corte Constitucional ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y que gozan de un estatus especial de protección que aspira tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia. En consecuencia, ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada”.

¹³⁰ Este cambio en la sociedad colombiana es descrito, entre otros, por Coronado (2006, p. 62): “El reconocimiento del Estado Social de Derecho (ESD), trajo consigo también el reconocimiento de la diversidad cultural como principio fundamental de la nación colombiana. Así, uno de los fines del Estado Social de Derecho es la protección de las diferencias étnicas y culturales que conviven en el país. Según el artículo 7.º de la Constitución de 1991, el Estado se compromete con el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

¹³¹ El Estado de Cosas Inconstitucional para amparar derechos de las comunidades negras, en especial de las comunidades víctimas del desplazamiento forzado fue declarado por la Corte Constitucional colombiana mediante la Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa: “*Primero. Declarar* la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos

vulneración de derechos fundamentales de las comunidades negras, entre ellos, el derecho a la propiedad colectiva, también sirven como ejemplo para demostrar que en la realidad colombiana actual “existe un consenso histórico, una voluntad colectiva y una visión de la sociedad” para avalar el derecho a la propiedad de las comunidades negras como un derecho fundamental.

Esquematizando: el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es fundamental en sí mismo, es autónomo, no necesita de conexidad o de vínculos con otros derechos para tener el carácter de fundamental. Como se verá más adelante, es un híbrido en la teoría de los derechos que tiene tanto de uno como del otro.

Además, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho fundamental, no obstante no tener toda la dimensión de un derecho subjetivo, porque su naturaleza es distinta, como se demostrará lo largo de estas líneas. No se está en presencia de la denominada propiedad privada, que según Lasarte (2005, p. 84) no alcanza el rango de derecho fundamental sino de otro tipo o forma de propiedad, lo que Grossi (1992) llamaría “otro modo de poseer”. Es una propiedad con un “contenido esencial” diferente, que no es necesariamente la satisfacción de intereses económicos sino la subsistencia de un grupo, de una etnia.

Su naturaleza es distinta porque es un derecho que ampara el reconocimiento como sujeto colectivo y, además, titular de derechos de un grupo “invisibilizado” (Arocha, 2012, p. 18) en el Estado colombiano; es fundamental por la relación de dependencia que hay entre el derecho y la vida misma de las comunidades negras, sin que se necesite conexidad para alegarse o defenderse como un derecho fundamental, pues en su esencia lo es, ya que está ligado a la dignidad individual y colectiva del grupo étnico.

constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado”.

Fuera de los argumentos presentados en párrafos anteriores, y aunque desde una concepción formal¹³² o normativa Alexy (2003) no aparece en la Constitución colombiana en el catálogo de derechos fundamentales, el derecho a la propiedad colectiva representa un rol importante para el grupo étnico, “reviste algunas particularidades” (Alexy, 2003, p. 35) que inciden en la estructura de la colectividad como grupo étnico, derecho que es inherente no a la persona humana sino a la existencia del grupo étnico. Esta idea se refuerza cuando se compara lo sucedido con estas comunidades antes de 1991.

Es un derecho fundamental no solo por el nexo entre el reconocimiento de los derechos y la existencia en el tiempo de un grupo étnico invisibilizado de la protección legal del Estado colombiano hasta antes de 1991, sino que también es una alternativa para garantizar que las facultades de disposición, tanto del territorio como de la identidad, no se diluyan en el tiempo ni ante intereses económicos, pues este grupo (las comunidades negras), ha sido sometido primero a la esclavitud, y luego a la invisibilización jurídica¹³³ y a la insatisfacción de necesidades básicas para su supervivencia.

De igual manera, para esta tesis la afirmación de que el derecho en estudio es fundamental no acarrea que sea catalogado como derecho fundamental colectivo, porque se discute y se excluye de su consideración como colectivo mas no como derecho fundamental. En términos de Lasarte (2005, p. 84) es indiscutible que atendiendo a nuestro vigente sistema constitucional, la integración de un determinado derecho en la categoría de los derechos fundamentales ha dejado de ser una cuestión filosófica o metodológica, para convertirse en una calificación técnico-jurídica de gran importancia práctica.

¹³² Robert Alexy (2003, p. 21) señala: “La definición formal se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad del derecho positivo”. Según esta posición, los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución. Y continúa: “Por lo general esto ocurre cuando los derechos fundamentales aparecen compilados en un único catálogo”.

¹³³Según Lioba Roszbach de Olmos (2004, p. 377) el concepto de invisibilidad del negro fue utilizado por la antropóloga colombiana Nina S. de Friedemann a mediados de los años ochenta para criticar la amplia desatención que sufrían del mundo occidental.

En tal sentido, además de las razones que en esta tesis se han denominado formales y culturales y que han sido esgrimidas por la Corte Constitucional colombiana, el derecho en estudio es fundamental desde un criterio flexible y abierto teniendo en cuenta su justificación ancestral y el momento histórico que reconoce su consideración como un derecho fundamental¹³⁴.

Para continuar el análisis propuesto al inicio de esta sección de la tesis en relación con las categorías tradicionales desde las cuales se ha cobijado el derecho en estudio, en la siguiente sección el capítulo se divide en dos partes: en la primera se presenta la conceptualización del derecho, lo que aportará más elementos para que en la segunda se retome el análisis desde las categorías tradicionales.

1.2. Conceptualización del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras

No se trata de abusos, privilegios ni usurpaciones; nos hallamos ante otro modo de poseer, otro derecho, otro orden social, que muy discretamente, nos llega desde siglos remotísimos.

Carlo Cattaneo citado por Paolo Grossi

La pertenencia a un grupo de personas con un pasado común africano,

¹³⁴ Ahora bien, la pregunta que surgiría como consecuencia del reconocimiento anterior (el derecho a la propiedad es un derecho fundamental a partir de un criterio flexible que se sustenta en una justificación formal, cultural, ancestral y del momento histórico) indagaría acerca de la existencia o no de mecanismos jurídicos para su protección. Sin embargo, como lo hizo Osuna (1998, p. 229), es necesario aclarar que “las garantías que se hayan acordado para unos y otros derechos fundamentales son elementos accesorios, de primordial importancia para su efectividad práctica, pero no integran su definición” que es el aspecto central que interesa a esta disertación y por lo tanto no se estudia este tema en el presente trabajo. Además, sostiene Osuna (1998, p. 228), el concepto normativo de los derechos fundamentales no puede elaborarse a partir de su régimen de garantías, pues ello equivaldría a confundir la causa con la consecuencia, ya que no todos los derechos fundamentales tienen el mismo sistema de garantías, lo cual no afecta la fundamentalidad de ninguno de ellos. Lo anterior, sin desconocer, como lo anota Carbonell (2001, p. 190), que hoy en día el reto fundamental de los derechos no está en su establecimiento sino en los modos efectivos en que puede ser garantizado.

que ha hecho una apropiación territorial y que ha desarrollado una cultura propia a partir de ese pasado, identifica a las comunidades negras de Colombia, en especial a las que habitan en el Pacífico colombiano.

Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato

Para iniciar esta sección es importante, como se anunció en la presentación, construir una conceptualización¹³⁵ del derecho en estudio; debido a que ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, y menos en los textos legales del país, hay una explicación de ese derecho, la tarea académica se reduce a reproducir textualmente la normatividad o a explicar las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, tal como se verá en el capítulo segundo de este trabajo.

De esa manera, esta parte de la tesis “pretende ocuparse de un tema de índole conceptual” (Nino, 1984, p. 21), para lo cual se plantea un concepto del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras a partir de su fundamento ético y jurídico, sin desconocer que desde la doctrina se han elaborado algunas definiciones para la forma de propiedad amparada por el derecho en estudio, es decir, hay variados estudios sobre propiedad

¹³⁵ Aunque la legislación especial expedida en el país para reconocer este derecho nombra el derecho en estudio, como se señaló, ninguna explica, y por lo tanto no define qué es el derecho a la propiedad colectiva con las particularidades propias del ejercicio del derecho cuando se trata de las comunidades negras. Siguiendo las pautas de Agudelo (2011, p. 15), cuando en este trabajo se utiliza la expresión concepto del derecho, se convoca a la elaboración de una construcción mental que se genera desde el conocimiento en atención a la comprensión que se logra de un objeto que se explora desde la experiencia humana. Es decir, se tiene en cuenta tanto la descripción normativa como la visión en el ejercicio del derecho que se describirá en la tercera parte de esta tesis. Para Joseph Raz (2007, p. 49) los conceptos son una creación filosófica, están situados entre el mundo de cuyos aspectos son conceptos, y las palabras o frases que los expresan y son empleadas para hablar de esos aspectos del mundo. Los conceptos consisten en cómo concebimos aspectos del mundo, y se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por el otro.

colectiva¹³⁶, ya que como bien se explicó en la parte preliminar de este trabajo con las descripciones de Ochoa (2011, p. 264) esta forma de propiedad, no es nueva entre nosotros;

¹³⁶ Según Bermúdez y Rodríguez (2005, p. 121), el concepto de propiedad colectiva aparece en la historia con las primeras sociedades primitivas, que compartían ciertos derechos de propiedad como cazar y pescar; la propiedad era colectiva, aunque en algunos casos existía la propiedad personal como en la apropiación de las armas o los utensilios de trabajo. La propiedad colectiva es una de las formas que puede legitimar un sistema de apropiación del territorio. En cuanto a su definición se pueden tomar las ideas de varios autores calificados sido en su mayoría como “colectivistas” o “comunitaristas”. Grossi (1986, p. 35) explica que la propiedad colectiva, pudo ser enfrentada en más de una ocasión ya en la primera mitad del siglo XIX como institución integrada en un tejido concreto, o sea, histórico y social. Continuando con su definición, el tratadista precisa que la propiedad colectiva a la que nos referimos nada tiene que ver con un problema y una instancia de colectivización general, sino que es solo otro modo de poseer que la historia ha conocido ampliamente, sostenida por sus propios valores y no relegable entre las curiosidades o entre los desperdicios (Grossi, 1986, p. 43). Siguiendo a nuestro autor (1986, p. 44), la propiedad colectiva no es, pues, una noción específica sino una expresión cuyo significado genérico y elemental es el de la propiedad de un grupo bastante amplio (que debe identificarse con un restringido grupo unifamiliar); es solo *oppositum* histórico y lógico de la propiedad de lo individual, con el conjunto de valores alternativos que surgen; el predominio del grupo y la subordinación a él de los individuos y de sus fines; el predominio de lo objetivo sobre lo subjetivo. De esta manera, según nuestro tratadista (1986, p. 44), con el término propiedad colectiva se hace referencia a un *genus* apropiativo que se contrapone al individual. Para Altamira y Crevea (1981, p. 58) quienes utilizan la expresión propiedad común, que ya se ha precisado es un término similar a propiedad colectiva pero que en su esencia no significan lo mismo, este tipo de propiedad “reside en un grupo, que ora es la familia troncal, ora la tribu, o las subtribus, ora las agrupaciones rurales constituidas administrativamente; en él radica, como fondo sagrado cuyo objeto es servir a las necesidades de todos sus miembros, los de hoy y los de mañana porque todos descienden y se suceden respectivamente, tienen igual derecho: ya que la entidad social de una ciudad, como la de una nación o la de una familia, la forman, no sólo sus componentes actuales, sino éstos en unión y sucesión de todos los que fueron antes y de todos los que han de sucederles mientras la reunión, el nombre o la raza no se extingan”. A partir de la anterior definición se podría pensar en un estado inicial de la civilización humana, pero, como lo sostiene Robert H. Lowie (1920, p. 146) al hablar de propiedad colectiva, en primer lugar, si bien es probable que nunca se presente el comunismo puro, con exclusión de todo derecho individual, no es rara la propiedad colectiva, no necesariamente de toda la comunidad, sino quizá por la de algún grupo diferenciado. La propiedad suele relacionarse más que con un grupo con un individuo, incluso, la propiedad colectiva, según Henry Maine citado por Robert H. Lowie (1920, p. 146), es una situación antigua anterior, por lo general, anterior a los derechos individuales de propiedad. Por su parte, Areán (2003, pp. 31 -

pero son estudios generales que no ofrecen la especificidad que exige el derecho en análisis.

De esos estudios surgen algunos elementos claves para la construcción conceptual que se propone aquí. Así, la mayoría de los autores coinciden en que el sujeto o quien ejerce la propiedad colectiva, aunque es plural (grupo), incide en las decisiones individuales, por lo que en la propiedad colectiva hay propiedad individual pero subordinada a un todo. Sin embargo, no significa que todo sea de todos pues hay cosas y espacios que son individuales. Esta forma de propiedad (la propiedad colectiva) superaría la noción propuesta por Canal (1953, p. 19) quien, con fundamentos históricos, afirmaba que si nos remontamos a la Biblia como fuente histórica encontramos que se habla de comunidad y no de colectividad¹³⁷. En ese tipo de propiedad quienes pertenecen al grupo reconocen espacios que son de todos, pero reclaman la asignación individual, hay una división, una colectividad y no una comunidad.

Los elementos de individualidad y colectividad presentes en la noción general de propiedad colectiva están comprendidos de forma simultánea en la conceptualización del derecho objeto de esta tesis; lo nuevo sería sumar a estos elementos el proceso histórico para el reconocimiento de las comunidades negras como sujetos de derecho en el Estado colombiano, de lo cual surgiría el elemento de la ancestralidad y las prácticas culturales, más el legado de la individualidad presente en los usos colectivos, que aquí se considera un

32), quien estudia la propiedad desde una visión individualista, también señala que en un principio la propiedad de la tierra fue colectiva: era de todos porque a todos alojaba y en ella todos encontraban su alimentación. En una evolución posterior la propiedad familiar sustituyó a la propiedad colectiva, y recién en la época histórica se llegó a la individualización. El cultivo no era colectivo, sino que se encomendaba a cada una de las familias.

¹³⁷ “Cuando Dios, al ordenar al hombre multiplicarse para llenar la tierra pone a su servicio los seres del resto de la creación sin determinar el tuyo ni mío, habla entonces de comunidad y no de colectividad” (Canal, 1953).

rezago de la esclavitud, pues diferentes etnias africanas aprendieron a convivir en colectividad¹³⁸ bajo un sistema colonial.

La idea central es plantear que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un conjunto de facultades atribuidas formalmente a un sujeto colectivo pero ejercidas materialmente por sujetos individuales en relación con un espacio territorial apropiado ancestralmente, usado y aprovechado por el grupo étnico comunidad negra pero respetando las relaciones que también a nivel individual construye cada individuo con el entorno en el que se ejercen prácticas productivas autosostenibles. En ejercicio de ese derecho los individuos tienen una doble pertenencia con el territorio: la colectiva, mediante la cual todos se identifican como parte de ese espacio colectivo, y la individual, donde cada uno reconoce su ámbito espacial como ser individual o como ser perteneciente a un núcleo familiar de carácter extenso.

En el derecho a la propiedad colectiva las facultades o potestades propias de cualquier derecho pueden ser ejercidas tanto por el sujeto colectivo como por el sujeto individual, pues los diferentes actos de disposición derivados de las facultades que concede el derecho no son exclusivas del órgano que representa al sujeto colectivo. En ese derecho, el sentido de lo colectivo no está en la apropiación del territorio sino en las prácticas culturales, en las relaciones de parentesco y de familia¹³⁹ que determinan o restringen el ejercicio de las facultades.

¹³⁸ La población negra colombiana remonta su origen a diferentes zonas de la costa occidental del África, de donde fue traída a partir del siglo XVI a través de un oprobioso comercio de esclavos (Procomún, s.f., p. 5).

¹³⁹ L. Rossbach de Olmos (2004, p. 383): “La familia es por eso el objeto legal, que goza de la propiedad colectiva de la tierra. Es además una de las categorías culturales propias de los chocoanos cuyo entendimiento permite un acceso a su cultura como sistema de símbolos y significaciones”.

Pero, ¿qué hace que esta forma de propiedad se convierta en un derecho? La respuesta lleva a la discusión filosófica acerca de lo que es¹⁴⁰ y la función que cumple el derecho¹⁴¹. De ese discurso se puede extraer que es un derecho no solo porque se ha expedido un compendio normativo, que algunos denominan legislación especial, o se ha positivado en una ley, tal consagración para regular la forma de propiedad, sino también porque existen facultades generadas en un proceso histórico en el que se han desarrollado las reglas para su ejercicio, tanto a nivel interno como externo, es decir, en relación con los miembros del grupo étnico y con el mismo Estado colombiano. Es un derecho, además, porque permite establecer una guía para conservar, proteger y promover la identidad y la existencia de un grupo étnico al que históricamente no se le había reconocido en Colombia ningún tipo de derecho. Los argumentos anteriores se convierten en la base del carácter fundamental del derecho en estudio, que fueron analizados al inicio de esta sección.

Asimismo, en el derecho en comento se conserva la capacidad de decisión en la esfera tanto individual (necesariamente no se entiende como una persona física, sino que puede serlo también una familia o integrantes de una familia) como colectiva; el poder de decisión

¹⁴⁰ Norberto Bobbio (2013, p. 7) presenta los elementos esenciales del concepto de derecho que, ante todo, debe comprender el de sociedad, así como la idea de orden social y la organización.

¹⁴¹ Acerca de las funciones del derecho, explica el Profesor Vincenzo Ferrari (2014, p. 157) que son objetivos primarios asignados al derecho por los actores sociales, o bien, en otros términos, como finalidad respecto de la que se ordena el uso de aquella modalidad de acción social definida como jurídica y que consiste en la persuasión de los interlocutores mediante la influencia de mensajes normativos hipotéticos, institucionales y justiciables. Ferrari (2014, p. 163) define como funciones del derecho: 1. La orientación social o modelística social; 2. El tratamiento de conflictos declarados, y 3. La legitimación del poder. Según Ferrari (2014, p. 172), estas tres funciones son “últimas”, en el sentido del término inglés *ultimate*, es decir, en el sentido de que resulta muy difícil, por no decir imposible, imaginar prestaciones más generales que puedan establecerse respecto del derecho.

sobre el derecho está distribuido, desconcentrado y legitimado¹⁴² para ejercerlo en las dos esferas. Este aspecto será retomado en el segundo capítulo al describir sus características.

Una vez ideado un concepto para el derecho a la propiedad colectiva, en los párrafos siguientes se ahonda en el fundamento del derecho, pues “se pretende considerar el origen” (Agudelo Ramírez, 2011, p. 81) sin entrar en elucubraciones acerca de las diferentes acepciones del término¹⁴³; lo que se busca, entonces, son las razones que le dan origen, que lo motivan o, coincidiendo con Rodríguez-Toubes-Muñis, citado por Agudelo Ramírez (2011, p. 91), las razones a favor del reconocimiento y respeto del derecho. De esa manera, utilizando conceptos de la teoría del derecho, se continúa en este primer capítulo presentando el fundamento ético y jurídico del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

1.2.1. El fundamento ético del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras

Aprovechando las palabras de Agudelo Ramírez (2011, p. 13), cuando en esta tesis se pregunta por el fundamento ético del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, se busca el “referente fundacional” que le sirve de base, pues no se trata, como bien lo señala el autor, de descubrir cosas nuevas sino de repensar el estado de la cuestión, es decir, de lo que se ha escrito sobre el derecho en mención que, como se señaló en la parte preliminar de este trabajo, está ligado principalmente a los aportes y descripciones de la historia, la antropología y la sociología.

¹⁴² De acuerdo con la definición de Ferrari (2014, p. 171), el término legítimo es un concepto amplio y comprensivo, que tiene la ventaja de comprender con una única etiqueta toda modalidad de utilización del derecho como base de decisiones humanas, incluidos los casos más extremos.

¹⁴³ Al respecto explica Agudelo Ramírez (2011, p. 81) que el fundamento es una voz polisémica y de difícil precisión. En atención a sus acepciones, una posibilidad consiste en sondear el objeto que se quiere descubrir; se trata de identificar el armazón ontológico que individualiza una cosa u objeto y que debe reconocer el sujeto que busque comprensión.

Para encontrar ese fundamento ético es preciso reconstruir, así sea de forma breve, la evolución histórica de las relaciones de las comunidades negras con el territorio, lo que permitirá identificar el antecedente para la protección de un derecho de naturaleza distinta como el que aquí se propone, y la justificación moral¹⁴⁴ que dio origen al reconocimiento jurídico formal del derecho.

1.2.1.1. El origen de una forma de propiedad diferente

Como se ha dicho, de manera reciente y a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991^[145] “aparecieron” las comunidades negras en el contexto nacional. Su reconocimiento se dio, como lo expone Arocha (2004, p. 160), mediante el artículo 55 transitorio, transformado en la Ley 70 de 1993, que legitimó los territorios ancestrales de esas comunidades mediante la titulación colectiva. Sin embargo, no se puede desconocer que sus “derechos están ligados a la historia¹⁴⁶ de sus comunidades” (Castro, 1993, p. 123).

¹⁴⁴ Este término se refiere a los argumentos contruidos a partir del recuento histórico en el que se encuentran las explicaciones.

¹⁴⁵ En la historia de la exclusión de la etnia negra, explicaba Nina S. de Friedemann (s.f., p. 5) con cita de Restrepo Canal en el ámbito de legislación nacional, ya en 1851, treinta y cinco años antes de la Constitución de 1886, en el ajeteo del proyecto de Ley de abolición de la esclavitud, una propuesta tímida de concederle cuatro hectáreas de tierra y algunas herramientas a cada uno de los negros que fueran declarados libres ni siquiera fue considerada para discusión por los legisladores. Por el contrario, el texto y contexto de la ley de abolición de 1851, al igual que las leyes de manumisión de 1821, autorizaron la compra estatal de esclavos a los negreros dueños de latifundios y minas. En la emergente nación sin esclavos la Ley de 1874 declaró la adjudicación de baldíos a gentes que los cultivaran. En el Litoral Pacífico los negros, carentes de conocimiento jurídico y de cualquier representación política, no registraron sus derechos a reclamar los terrenos de su asentamiento secular modelado por la herencia consuetudinaria de sus troncos de parentesco.

¹⁴⁶ Se debe advertir al lector de esta tesis que la descripción de la historia del relacionamiento de las comunidades con el territorio presente en esta sección parte de lo sucedido principalmente en la región del Pacífico, sin desconocer que en otras regiones de Colombia, como la Costa Atlántica y el interior del país,

Describir la relación de las comunidades negras con el territorio y su forma de apropiación es un ejercicio teórico que tiene como principal fuente los trabajos históricos realizados a partir de este grupo poblacional. “Sin el rigor que exige el oficio de un historiador” (Maya, 2005, p. 13), de una forma breve y con carácter meramente ilustrativo, se puede resumir esta historia en tres períodos: antes de la abolición de la esclavitud, después de la abolición y con la expedición de la Constitución de 1991.

Arocha (1999) comprobó que durante el primer período, aun desde la primera mitad del siglo XVIII, descendientes de cautivos africanos habían comenzado a poblar el país¹⁴⁷. Para esa época los denominados “negros”¹⁴⁸ reemplazaron la mano de obra indígena trabajando “en su mayoría, primero en las minas de oro en Zaragoza, Antioquia, y después en el Pacífico colombiano” (Oslender, 2001, p. 127).

Los nuevos habitantes de Colombia, sacados según Arocha (1992, p. 61) “de la región de Congo-Angola y lo que sería en este momento Senegal y toda la región del África occidental, sin ningún estatus ni reconocimiento jurídico, propio de un sistema colonial que los trataba como cosas equiparándolos con bienes muebles o ‘mercancías’, implicaba que desde el punto de vista legal no pudieran ejercer derechos territoriales”; o, como lo describe

también hay descendientes de africanos esclavos. Lo anterior no obedece a un criterio intencional sino a uno documental y de acceso a fuentes, ya que la mayor parte de los trabajos de antropología, sociología e historia relacionados con estas comunidades está documentada con base en lo sucedido en la región. Respecto de la población de gente negra en Colombia, Mosquera Rosero-Labbé, Barcelos y Arévalo Robles (2007) señalan: “Territorios históricos de poblamiento de gente negra, son el norte del Cauca, el sur del Valle, la región del Patía y varias regiones de la costa Caribe y del Magdalena medio”.

¹⁴⁷ Arocha (1993, p. 157) argumenta que desde que la gente negra comenzó a reemplazar a los indios en labores de minería, navegación, construcción, agricultura, ganadería y servicio doméstico, estos últimos, pudieron salvaguardar sus vidas huyendo hacia áreas inaccesibles o defendiéndose. Entonces, la deuda demográfica es doble: con la gente de África, y con los pueblos negros.

¹⁴⁸ Esta denominación, explica Castro (1993, p. 123), fue dada por los esclavistas a los hombres secuestrados violentamente de África, ya que en África no existía el negro, sino yorubas, congos, mandingas, carabalés, bantúes, zulúes, etc., según el conglomerado humano al que pertenecen.

el mismo Arocha (2004, p. 161), catalogados como incapaces de ejercer dominio territorial por pertenecer a razas inferiores¹⁴⁹, iniciaron así su relación con el territorio, considerándolo como un espacio de búsqueda de la libertad.

A través de la “resistencia” mediante las luchas de los llamados “cimarrones”¹⁵⁰, que según Oslender (2001, p. 127) se ha “documentado en unos 20 palenques”¹⁵¹, los descendientes de africanos empezaron a ubicarse en las partes más alejadas de los innumerables ríos del Pacífico y en la costa del Caribe” en donde, además de construir un asentamiento que para

¹⁴⁹ Carlos Efrén Agudelo (2004, p. 183) señala cómo los antropólogos iniciaron la identificación del negro en el país realizando estudios sobre las especificidades culturales de los distintos grupos de poblaciones negras asentadas en espacios rurales, especialmente en el Pacífico. Algunos intelectuales negros participaron en esta dinámica haciendo énfasis en la diferencia cultural, pero sin llegar hasta las reivindicaciones territoriales.

¹⁵⁰ Castro (1993, p. 124) describe: “Una forma de lucha más organizada fue la de los cimarrones, denominados así por los Españoles hacia 1518. Los cimarrones fueron los esclavos rebelados que resistieron a la esclavitud desde las montañas y zonas de difícil acceso; sus comunidades estaban protegidas por estacas de palo llamadas ‘palenques’, donde organizados militarmente realizaban campañas para liberar esclavos en las haciendas aledañas y enfrentaban el ejército español en defensa de su libertad. Los cimarrones lograron su libertad y crearon los primeros territorios libres y autónomos de América convirtiéndose en los verdaderos precursores de su independencia. Uno de los más famosos dirigentes cimarrones en Colombia fue Diego Biojó, rey Benkos Biohó o rey del Arcabuco del Palenque de San Basilio”.

¹⁵¹ Empalizadas de madera al interior de las cuales moraban los cimarrones; según Oslender (2001, p. 127) los esclavos negros autoliberados y los cimarrones buscaban las partes más alejadas de los innumerables ríos del Pacífico donde se asentaban. Los libres automanumisionados seguían a las cuadrillas mineras practicando mazamorreo. En las sesiones de la Comisión Especial que redactó la Ley 70 de 1993 el profesor Jaime Arocha (1992, p. 60) destacó la importancia de ahondar en la antigüedad de la ocupación del territorio por los negros; asimismo, consideró fundamental que al hablar de los esclavos el documento reconozca que en la zona del litoral del Pacífico la lucha tenaz librada por los negros para auto liberarse incluyó la autocompra a sus esclavistas, a sus amos. Es decir, no fue solamente un proceso de decreto gubernamental el que permitió la liberación, sino que hubo un significativo proceso de autocompra.

ellos era “libre”¹⁵², practicaban los recuerdos de oficios aprendidos en su país de origen y de la actividad que ejercían como esclavos, lo cual, según Mosquera (2001, p. Cap. II), también supone el lento proceso de creación-reconstrucción de un nuevo mundo en el que fueron obligados a instalarse y que de alguna manera tenían que hacerlo suyo.

De esa manera, comenzaron por “asentarse” (Oslender, 2001, p. 127) y organizarse por familias constituidas según el oficio ejercido. Continuando con la narración de Oslender (2001, p. 128), en esos territorios los libres siguieron con el trabajo en las minas, pero ahora por su propia cuenta, y también practicando la agricultura y la pesca para el abastecimiento.

Restrepo (1997, p. 138) señala cómo los esclavizados compartían orientaciones cognoscitivas que servirían de fundamento para la construcción de los sistemas culturales afrocolombianos, y que se iniciaron en un proceso de creación-adaptación cultural de las vivencias de los africanos en el continente americano. Para Córdoba (s.f., p. 199), eso alejó a las tribus que llegaron de África de su sistema de economía colectivo y creador.

De ahí que Dueñas (1993, p. 206) señala que para el caso del Pacífico el poblamiento de las riberas de los ríos se hizo buscando la libertad, y construyendo baluartes o asentamientos autónomos, lejanos del alcance del poder central. De esa manera, ya desde 1600 (Jaime Arocha, 1992, p. 62) las comunidades negras habían adquirido el territorio, por lo que ahora no es una novedad hablar de territorio puesto que le pertenece a esa comunidad con la dimensión de república independiente, con ejército propio, y un desarrollo político, social y cultural desde esa fecha hasta nuestros días.

¹⁵² El historiador Sergio Mosquera (2001, p. Cap. 2), al referirse a lo sucedido en la Provincia de Citará en el departamento del Chocó señaló: “Los indígenas citarás y emberas eran quienes habitaban estos territorios y además de ser expropiados fueron brutalizados hasta los límites del exterminio físico. La población indígena altamente disminuida por ese contacto, inicia como forma de resistencia la huida hacia las partes más alejadas. Esto va generando la aparición de unos espacios vacíos o libres, de los cuales se adueñan los recién llegados, cuya razón de su presencia era conquistar tierras, almas y riquezas utilizando todos los medios a su alcance. En forma paralela estos conquistadores se interesaron en la provincia sustituyendo la mano de obra indígena por esclavizados africanos y criollos”.

En esta primera etapa, caracterizada según Castro (2004, p. 373) por el sistema colonial esclavista a partir de 1550, los pueblos y descendientes africanos fueron denominados todos por igual como negros. Se inició así el despojo forzoso de su identidad cultural, el irrespeto por su dignidad humana y el exterminio masivo de los pueblos a través de la trata de esclavos y la prolongación de la esclavización en América.

La época de la esclavitud también fue propicia para desarrollar “nuevos comportamientos sociales y culturales, con relación a la naturaleza, la familia, el trabajo, los amos y los otros grupos sociales” (Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 41)¹⁵³.

Con la abolición de la esclavitud en 1851^[154], con la cual, para esta tesis, se inició el segundo período de la relación de las comunidades negras con el territorio, se dio un poblamiento disperso significativo a lo largo de los ríos típicamente en forma lineal y discontinua; lo anterior, según Oslender (2001, p. 128), por razones prácticas ya que esta forma de poblamiento les permitía el acceso a la orilla de los ríos y por ende las tierras eran mejores para el cultivo, para la provisión de alimentos y como vías de comunicación. Para

¹⁵³ Los esclavos de las cuadrillas tenían que procurarse sus propios alimentos, así que la mitad del grupo se dedicaba al trabajo en las minas y la otra mitad a labores agrícolas en las que utilizaban técnicas heredadas de su pasado africano: una agricultura extensiva basada en el barbecho prolongado y los cultivos itinerantes (Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 41).

¹⁵⁴ La abolición de la esclavitud fue un proceso que formalmente se inició en 1821 cuando el Congreso de Cúcuta expidió la Ley de manumisión denominada “Ley de Partos”. Castro (1993, p. 125) expone que esta ley manifestaba que a partir de 1821 toda persona negra que naciera era libre pero a partir de los 21 años, es decir, por 21 años se prolongaba la esclavitud, lo que llevo a la indignación y al surgimiento de un movimiento antiesclavista, lo que, sumado a las condiciones políticas del país que llevaron al poder a los liberales radicales permitió que estos decretaran la abolición de la esclavitud el 21 de mayo de 1851. La Ley de Manumisión otorgaba una libertad solo nominal a los nacidos de esclavas, pues realmente eran obligados a servir a los amos de sus madres hasta los 18 años de edad con el pretexto que debían indemnizarlos por sus gastos de alimentación y vestido durante ese periodo (Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 42)

los afrodescendientes descendientes de esclavizados, dice Mosquera (2001, Cap. II), el monte reviste una especial sacralidad porque en él deambulan energías y los recuerdos de sus antepasados.

Durante ese periodo, en el que ya los “negros” eran libres,” muchas familias de esclavizadores (Mosquera, 2001, Cap. II) abandonaron sus propiedades y los esclavizados oficializaron su propiedad con la posesión de hecho, que era la posesión espiritual que desde tiempo inmemorial tenían, pues de muchísimo tiempo atrás ya sus espíritus y sus energías, junto a las de sus antepasados, habitaban esos colinos, rastrojos, montes o templos, por lo cual el factor psíquico había constituido el elemento de sujeción a esos lugares. Ser libre, explica Mosquera (2001, Cap. II), implicaba acceder a una propiedad física a la que espiritualmente se encontraba ligado, se consideraba parte de ella y ella parte de él.

Una vez asentados en tierras que para los nuevos libres eran de su propiedad, organizados por familias según las explicaciones de Villa (1996, p. 8), iniciaron un proceso de ascenso cultural mediante la aplicación de un modelo de adaptación, con expresiones diversas según el ecosistema donde se constituyera el asentamiento, pero que básicamente se ordenaba en relación con el flujo de productos que proveía el bosque, la ciénaga, el río o el mar. De ahí que Arocha, retomando lo planteado por Beltrán (2004, p. 162), señala que las comunidades negras tenían formas de producción polimorfos heredadas de sus antepasados africanos y de sus relaciones con indígenas y europeos, que les servían para reclamar ante el Estado el dominio de sus territorios ancestrales.

Al abolirse la esclavitud, como los antepasados de las comunidades negras actuales (Castro, 1993, p. 126) no eran ciudadanos, ni tenían derechos políticos, económicos o sociales fueron condenados o a la servidumbre o a vivir en paz en lo profundo de la selva o cabecera de los ríos.

De allí que, según West (2000, p. 139), una de las características más notorias de la población de las tierras bajas del Pacífico es su distribución ribereña, aunque también hay un patrón de asentamiento costero conformado por caseríos de pescadores y agricultores

situados en las crestas de las playas. Ese patrón (West, 2000, p. 141) incide en que los habitantes de los ríos se consideren una comunidad y determina la formación de lazos comunitarios en las cuencas hidrográficas. En el mismo sentido, Villa (1996, p. 19) señala que pequeños grupos de pobladores se dispersaron hacia los ríos donde la tierra es fértil, y hay abundancia de peces y otros animales¹⁵⁵.

También Ocampo (1996, p. 17) manifiesta que las comunidades negras usufructuaron tierras que no tenían folios de matrícula inmobiliaria abiertos y eran tenidas como baldíos¹⁵⁶, aunque esas comunidades en realidad cultivaban suelos mediante un sistema en

¹⁵⁵ Del Valle (1995, p. 111) señala que las comunidades negras del litoral del Pacífico colombiano se identifican más con un río que con un municipio y su patrón de asentamiento básico es lineal, a lo largo de las corrientes de agua.

¹⁵⁶ Ocampo (1996, p. 17) relata: “No todo el suelo que se ve poblado de bosque o selva en el margen costero del Pacífico es tierra baldía, pues dadas las calidades del suelo como también sucede en la Amazonía *verbi gratia*, permite tan sólo una siembra, la obtención de la cosecha, y exige la tierra como contraprestación natural, un largo lapso de descanso o recuperación del suelo, que puede prolongarse por varios lustros. Sirve lo anterior para dejar claro que no siempre el suelo que los no pobladores de las selvas, e incluso los gobiernos tienen por baldíos, son realmente predios sin dueño. [...] De tal suerte que el derecho estaba en una encrucijada: para poder demostrar el habitante de la selva, la posesión y uso de la tierra, a fin de que el Incora le titulara, debería comprobar varios años de explotación del suelo, lo que dadas las calidades de la tierra selvática es un imposible, pues el sistema de tumbiar selva cultivarla y dejar que esta naturalmente se recupere, mientras terminada la cosecha se intenta lo mismo en otro lugar del bosque, es una técnica de aprovechamiento agrícola que las leyes tradicionales de titulación de baldíos, no lo contemplaban o entendían”. Otro ejemplo de la situación antes de la Ley 70 de 1993 para legalizar la posesión del territorio ancestral es descrita por el Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (2002, p. 117): “Una de las alternativas que las comunidades negras del Medio Atrato analizaron para legalizar la posesión de su territorio ancestral, fue la propuesta de titulación individual presentada por el Incora, la misma que esta entidad desarrollaba en todo el país, desconociendo las particularidades geográficas, culturales y étnicas de cada región. Tal propuesta que incluía el levantamiento de la reserva forestal de las áreas solicitadas en titulación, resultaba contradictoria con la concepción y el manejo del territorio propios de las comunidades negras. Entre las condiciones que exigía el Incora para adelantar la titulación individual estaban tener marcados cuatro linderos y tener trabajadas tres cuartas partes del terreno a titular. Con respecto a la primera,

el que quien primero había cultivado se sentía dueño y allí preparaba su sembrado, bajo un sistema de agricultura sin fertilizantes, ni fungicidas, ni ninguna otra ayuda artificial. Aún más, señala West (2000, p. 141), predominaba la rotación de cultivos.

Continuando con Villa (1996, p. 65), tradicionalmente esas comunidades desarrollaron en la zona del Pacífico una práctica de posesión y usufructo familiar sobre los terrenos diferente de la concepción occidental de propiedad. Se tiene el derecho a la utilización de un terreno para las labores agrícolas por el hecho de pertenecer a una familia extensa cuyo antepasado fue el primero en utilizarlos, el derecho pasa de generación en generación, la herencia es de carácter patrilineal y se turna el uso del territorio, ya que cada familia posee un promedio de cuatro a cinco lotes distribuidos a lo largo de las cuencas y microcuencas¹⁵⁷.

Además (Mosquera, 2001, Cap. II), la propiedad de la tierra se trasmite a los descendientes o familiares sin que necesariamente medie documentación que certifique la legal propiedad, ya que existe una validación por la ocupación que todos reconocen en los antecesores; aún más, el reconocimiento de la propiedad por los miembros de la comunidad pasó a ser más importante y efectivo para proteger los derechos.

Durante ese periodo que se extiende hasta la década de los noventa, las comunidades se organizaron y conquistaron sus derechos. En esa época se da el desarrollo de la relación de las comunidades con el territorio y producto de ella (Dueñas, 1993, p. 206) surge un sentido ético y estético que se expresa en costumbres, ritos, danzas y canciones, y por supuesto en el manejo adecuado de los recursos de la tierra, la selva, los ríos y el mar. Sin embargo, de

las comunidades tradicionalmente definen el área de sus lotes solo con tres linderos, dos colindantes y el del frente; por otra parte, la rotación de cultivos y de parcelas que practican los campesinos para dejar descansar los suelos, teniendo en cuenta sus condiciones biofísicas, hacía que no pudieran cumplir con la segunda.

¹⁵⁷ Oslender (2001, p. 132) narra como los ríos son además el espacio social de interacción cotidiana para poblaciones negras rurales y se les puede considerar entonces como referentes simbólicos de la identidad de la gente y de los grupos asentados en sus orillas. La identificación ribereña y el espacio acuático están de esta manera profundamente inscritos en el sentido de lugar en el Pacífico colombiano.

acuerdo con las descripciones de Villa (1996, p. 19), desde esa época ya la apropiación era individual, para cada familia, y lo que la hacía colectiva era la decisión conjunta de asentarse en la cuenca de un río.

Se formó, entonces, lo que el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina del Atrato (COCOMACIA, 2002, p. 44) denominó “el poblamiento autónomo”, es decir, el poblamiento que surge a partir de la decisión libre de ubicarse en un determinado territorio para formar una comunidad. Esta forma de poblamiento permite que una persona pueda tener propiedad en otras zonas, pues la propiedad se define por la herencia. Los sistemas de apropiación del territorio están ligados al sistema de parentesco, basado históricamente en unos miembros fundadores del asentamiento que conforman unos troncos familiares, los cuales van a tener derechos sobre el uso y apropiación de las tierras (Villa, 1996, p. 19).

La expedición de la Constitución Política de 1991^[158] se convirtió en un hito importante para la relación de las comunidades negras con el territorio, porque a partir de ella se inició el proceso de reconocimiento de derechos territoriales, entre ellos, el derecho a la propiedad colectiva que nació con el artículo 55 transitorio de la Carta desarrollado con posterioridad por la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995; estas normas representan “un logro para las comunidades negras que por primera vez son reconocidas” (Helg, 2004 p. 38) además de la apertura a una “estructura jurídica excepcional” (Arocha, 2004, p. 169).

Surgió entonces la titulación colectiva como el mecanismo para reconocer un nuevo actor en la nación colombiana, además de crear un derecho para las comunidades sobre los

¹⁵⁸ Nevaldo Perea en las discusiones de la Comisión Especial que redactó la Ley 70 de 1993 señaló: “Ha llegado el momento histórico del pueblo negro en Colombia de reclamar nuestros derechos que por más de 450 años nos han negado. Es por esto que nos encontramos todos juntos en este recinto, para que el Gobierno Nacional se dé cuenta que en el Chocó hay comunidades organizadas y no es como se dijo en la Asamblea Nacional Constituyente que los negros no éramos capaces de representar al pueblo negro de Colombia. Es por eso que tenemos que demostrar en la lucha y en la práctica que las comunidades negras necesitan un territorio para poder desarrollar su propia cultura”. Acta 003 del 2 y 3 de octubre de 1992 de la Comisión Especial.

territorios que ancestralmente habían ocupado¹⁵⁹ y que el Estado había denominado baldíos¹⁶⁰, aunque para esas comunidades (Castro, 1993, p. 133) el termino baldío no tiene el mismo significado que para el Estado, pues se concibe como tal el territorio que cualquiera puede ocupar¹⁶¹.

A partir de esa fecha “múltiples factores influyen en el complejo sistema de apropiación territorial que vienen haciendo las comunidades negras”, sin desconocer que la forma como se dio el poblamiento en el Pacífico ha variado, pues anteriormente era más común que se hiciera de manera dispersa en las orillas de los ríos, y actualmente el poblamiento se hace “mediante la formación de caseríos” (Villa, s.f., p. 33). Además, como bien lo predijo Olinto (1993, p. 37), las transformaciones económicas (la actividad portuaria, el transporte, la explotación forestal, la pesca, los servicios y la agricultura comercial incipiente) le están imprimiendo al poblamiento de las comunidades negras un nuevo carácter orientado hacia

¹⁵⁹ Para los representantes del Palenque de San Basilio: “El actual territorio ocupado por nuestra comunidad fue recuperado después de una cruenta lucha por los hombres cimarrones, quienes establecieron todo un sistema de vida, una cultura con raíces africanas en suelo americano. Territorio que fue reconocido por la sociedad colonial y la misma corona española”. Acta 003 del 2 y 3 de octubre de 1992. Comisión Especial.

¹⁶⁰ “El Estado colombiano caracterizó la región del Pacífico como un territorio baldío y de reserva forestal (Ley 2 de 1959), desconociendo la apropiación ancestral de los territorios por parte de los grupos étnicos y a la vez, posibilitando la extracción indiscriminada de sus recursos por parte de agentes externos a través de concesiones y permisos de aprovechamiento forestal o minero. Ante esta situación, desde la década de los setenta, las organizaciones indígenas primero y posteriormente organizaciones de comunidades negras impulsaron procesos tendientes al reconocimiento legal de la propiedad de sus territorios, sustentados en la identidad étnica. Como resultado, se dio inicio a la titulación de resguardos y, posteriormente, a partir de la expedición de la Ley 70 de 1993, de territorios colectivos para comunidades negras”. Ministerio del Medio Ambiente, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Proyecto Zonificación Ecológica de la Región Pacífica Colombiana (1999, p. 21).

¹⁶¹ En este sentido, dice Castro (1993, p. 133), en los territorios del Pacífico no existen baldíos, pues se define el territorio como ancestral, incluyendo flora y fauna, suelo, subsuelo, ríos, ciénagas y mares. Mientras que para el Estado baldío significa propiedad que no ha sido habitada ni cuidada por persona alguna por lo que es propiedad del Estado.

la concentración en los principales núcleos urbanos, lo que ocasiona un cambio en las prácticas tradicionales de relacionamiento con su territorio.

Esquemmatizando, tenemos que este recuento histórico refleja que el territorio, como espacio de vida, de libertad y de ejercicio de derechos, hace parte de la ancestralidad y del imaginario de las comunidades negras; desde siempre el territorio les pertenece, hace parte de su propiedad como el espacio para desarrollar toda la cultura recreada a partir de su herencia atávica.

Antes de 1991 las comunidades negras ejercían una forma de propiedad que tenía que ver con sus recuerdos de procedencia o de origen, es decir, con sus ancestros y con el proceso de lucha y cimarronaje para obtener la libertad. De ahí que los elementos históricos estuvieran presentes en el concepto que estas comunidades elaboraron de propiedad y de las facultades permitidas o restringidas en el uso y aprovechamiento del territorio, y en el ejercicio de sus prácticas¹⁶².

1.2.1.2. La justificación moral para el reconocimiento jurídico

El surgimiento del reconocimiento de un derecho que protegiera la forma como las comunidades negras se habían organizado solo se logró, como lo han reiterado muchos estudios de sociología y antropología, con la precitada Carta Constitucional de 1991, que

¹⁶² En esta forma de propiedad, siguiendo a Jaramillo (2001, p. 179), las relaciones de parentesco son importantes como eje sobre el que se articulan todos los demás aspectos que constituyen la base para entender la territorialidad y la fuerza de las relaciones de parentesco que transmite la cultura y que dan un sentido de pertenencia al conjunto social. La territorialidad es una construcción cultural que se compone de realidades espaciales tangibles y de los significados que estas unidades adquieren, involucrando espacios que son desconocidos pero posibles. Es así como la mentalidad territorial es resultado de una construcción compleja en la que se integra la conciencia histórica, la situación actual con respecto a la tierra y la eventual necesidad de migrar hacia sitios desconocidos pero que resultan posibles en tanto que han sido incorporados por los parientes.

fue el espacio para comenzar a obtener el respeto en un nascente Estado multiétnico y pluricultural¹⁶³.

Las razones para elevar a derecho la protección de la forma de propiedad ideada por estas comunidades no obedece a una respuesta genuina del Estado colombiano, pues como bien dice Restrepo (2001, p. 67): “La Ley 70 de 1993, no fue un regalo del gobierno de turno”, sino fruto de un proceso de lucha y de reivindicación iniciado a principios de 1990, cuando nació primero en el escenario político nacional un movimiento campesino negro (Agudelo, 2004, p. 184) antes que étnico, que buscaba reivindicar unos derechos territoriales y cuyas expresiones más fuertes se localizaron en el departamento del Chocó¹⁶⁴. Para Friedemann

¹⁶³ Para algunos tratadistas como Restrepo (2011), este proceso de reivindicación se consolida en lo que denominó la “etnización de la gente negra” o la “pedagogía de la alteridad”; lo que Pulido (2010, pp. 527-532) describe como la apropiación de la etnicidad por los sujetos negros del Pacífico, que supuso según los antropólogos, la confluencia de discursos globales como el de la “biodiversidad” con relecturas en contextos espaciales específicos para legitimar reivindicaciones territoriales y culturales. Según algunos investigadores existe la certeza de que la etnicidad negra no es un hecho *a priori* que simplemente fue reconocido jurídicamente por las políticas multiculturalistas del Estado colombiano, sino más bien, para las dinámicas del movimiento negro colombiano la etnicidad representa un proceso de reconstrucción histórico y político-cultural donde primaron los posicionamientos, las negociaciones y la pedagogía. Este proceso implicó modificaciones de la propia población, además de la intervención de políticas y discursos de expertos que insistieron en la delimitación de una otredad negra.

¹⁶⁴ En cuanto a los inicios de este proceso, en el texto del Ministerio del Medio Ambiente, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Proyecto Zonificación Ecológica de la Región Pacífica Colombiana (1999). *Paisajes vividos y observados. La percepción territorial en la zona ecológica del Pacífico colombiano*, Bogotá: Gente Nueva, se expone: “El actual proceso organizativo de las comunidades negras se comenzó a gestar en la década de los setenta, a partir de experiencias locales, agrupadas en torno a necesidades de carácter económico y social y dinamizado en gran parte por la Iglesia Católica. Estas formas organizativas enfatizaron el carácter campesino como elemento de identidad y no buscaban en forma explícita reconocimientos de tipo étnico o cultural. Se articulaban a formas organizativas comunitarias como las Juntas de Acción Comunal, a asociaciones de productores o en torno a la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), enmarcadas en los espacios de participación social definidos por el Estado. En el medio Atrato (Chocó) hacia mediados de la década de los ochenta, se conformó la Asociación Integral del Atrato

(s.f., p. 4) el ingreso de los negros a la nueva Constitución de 1991 a través del artículo transitorio 55, fue un proceso tortuoso.

A comienzos de la década de los noventa, y con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, según Villa (s.f., p. 12), la experiencia de organización de las comunidades tanto en el Pacífico norte como en el Pacífico sur se convirtió en referente para las discusiones referidas a los derechos de las comunidades negras. Por ejemplo, Restrepo (s.f., p. 11) señala que la inclusión del artículo 55 transitorio en la nueva Carta Política tuvo sus antecedentes en los movimientos organizativos que se conformaron en regiones como el Medio Atrato, el Bajo San Juan, Buenaventura, Tumaco, el norte del Cauca, el Palenque de San Basilio, y el centro de Nariño, y en los planteamientos de otros sectores sociales. De ahí que el reclamo de un derecho que protegiera su forma de apropiación tradicional fue la excusa para obtener del Estado su reconocimiento como sujeto de derecho.

(ACIA), organización que va a tener luego un papel protagónico en la definición de nuevos referentes para la orientación de las reivindicaciones de las comunidades negras. En 1987 se realizó un encuentro conocido como el foro de Buchadó, en el cual participaron representantes del Departamento de Planeación Nacional, autoridades ambientales, la iglesia, la OREWA, movimientos cívicos, el movimiento Cimarrón y representantes de 35 comunidades del Medio Atrato. Uno de los resultados más significativos de este foro, fue la firma del llamado Acuerdo de Buchadó, el cual, en su artículo primero reconoció “el derecho que asiste a las comunidades campesinas del medio Atrato sobre los territorios comunitarios que ancestralmente han ocupado” (Restrepo Hernández, 1992). También se puede consultar C. Agudelo (2001). “Nuevos actores sociales y relegitimación del Estado. Estado y construcción del movimiento social de comunidades negras en Colombia”. En *Análisis Político*. 43. pp. 3-31, para ampliar información sobre todo el proceso de construcción del movimiento negro, el proceso para llegar a la Asamblea Nacional Constituyente, el papel de las organizaciones rurales, lo sucedido en la Asamblea Nacional Constituyente, la conformación de una Comisión Especial para la reglamentación del artículo 55 transitorio, entre otros. El desarrollo de este proceso también se puede ampliar en M. Restrepo (s.f). “Las comunidades negras en la Constitución de 1991”. En M. Restrepo y M. Bustos (comps.). Bogotá: Consejería Presidencial para la política social. PNR; C. Agudelo (2004). “La Constitución Política de 1991 y la inclusión ambigua de las poblaciones negras”. En: J. Arocha (comp.) (2004). *Utopía para los excluidos. El multiculturalismo en África y América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Colección CES, pp. 179-199.

Explica Villa (s.f., p. 12) cómo con la Constitución de 1991 las comunidades negras adquirieron existencia para los organismos estatales y para las agencias internacionales; aunque, señala Helg (2004, p. 37), la Constitución de 1991 no rompió con casi dos siglos de silencio acerca de la presencia de negros en la nación.

Sin embargo, para algunos movimientos y organizaciones la lucha por el territorio se inició incluso antes de 1991, por la llegada de extranjeros a sus territorios y por la explotación irracional de sus recursos naturales¹⁶⁵ amparadas una y otra en permisos y autorizaciones del Estado, como sucedió en el departamento del Chocó con la Organización Campesina Integral del Atrato (ACIA), convertida años más tarde en el Consejo Comunitario Mayor del Atrato (COCOMACIA)¹⁶⁶; así lo señalan, entre otros, Oslender (2001, p. 124)¹⁶⁷, Coronado

¹⁶⁵ Señala Pulido (2010, p. 516): “La centralidad del Pacífico en este proceso de reconocimiento de derechos territoriales, políticos y culturales sin precedentes se explica en buena medida dado el interés que venía suscitando en el capital nacional y transnacional esta exuberante franja de selva lluviosa desde la década de 1980. Esto motivó a que el Estado colombiano, con apoyo de organismos multilaterales y la banca internacional aplicara diversos planes regionales de desarrollo los cuales buscaron integrar esta región al resto del país y atraer inversión extranjera mediante la construcción e infraestructura y una cierta preparación del componente humano”.

¹⁶⁶ En un Comunicado dirigido a la Comisión Especial que redactó la Ley 70 de 1993 leído durante la sesión del 2 y 3 de octubre de 1992, las comunidades organizadas en ACABA y CAMIZBA, describían: “Hoy, como hace 500 años, las políticas gubernamentales siguen propiciando el atropello, marginación y hasta la burla de nuestro pueblo. Por ejemplo, no entendemos cómo, mientras se define mediante la Comisión Especial, la titulación comunitaria de nuestro territorio, por otro lado el mismo gobierno concede permisos a las empresas madereras”. Por su parte la Asociación Campesina Integral del Atrato (ACIA) fundamentó su lucha en la defensa de los bosques como una forma de defender el territorio (Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 63).

¹⁶⁷ Según Oslender (2001, p. 124): “Las poblaciones negras en el Pacífico colombiano se han organizado desde la segunda mitad de los años 80, primero en algunas áreas como luchas típicas de campesinos por el acceso y control sobre sus tierras. Estos procesos organizativos se han dado en un campo de relaciones de poder cambiantes”.

(2006, p. 54)¹⁶⁸, Villa (s.f., p. 10) o Agudelo (2004, p. 185) cuando describen que fue justamente desde esas comunidades que se orientó el trabajo comunitario por la defensa del territorio.

Producto de ese proceso de presión¹⁶⁹ al Estado colombiano se reconoció lo que varios autores han denominado “la deuda histórica”¹⁷⁰ (deuda que en términos de Arocha y

¹⁶⁸ También dice Coronado (2006, p. 54) que el reconocimiento paulatino de derechos y garantías especiales a la población negra se explica por las movilizaciones sociales de estas organizaciones en la década de 1980 y 1990. Sin embargo, este reconocimiento es un proceso lento que aún no culmina.

¹⁶⁹ Olof, Mazzot y Caicedo (2003, p. 8) señalan: “Alcanzar dicho reconocimiento no fue fácil, las organizaciones y líderes afrocolombianos, tuvieron que ejercer mucha presión para lograrlo. Presión como la toma a las instalaciones de la Alcaldía, la Catedral y el Incora en Quibdó, la toma de la Embajada de Haití en Bogotá, el telegrama negro, la serenata étnica a los constituyentes, las movilizaciones regionales y nacional [...] Por todo ello instantes antes de cerrarse las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, los voceros de este Estado racista y discriminador, aprobaron a regañadientes el artículo transitorio 55 que reconoce ciertos derechos a las comunidades negras rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y abre la ventana para que la Afrocolombianidad exponga su proyecto de vida”. Por su parte, Garcés (2001 p. 11) señala que este triunfo legal en la historia colombiana, no nace de la casualidad, sino de un derecho adquirido de generación en generación, y que alcanza su mayor expresión jurídica en la Ley 70 de 1993. En igual sentido, el Consejo Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (2002, pp. 223-224) explica: “La búsqueda del reconocimiento de estos derechos en la Asamblea Nacional Constituyente fue muy difícil. Históricamente las comunidades negras habían sido desconocidas por las particularidades de su cultura; y en ese momento, cuando se pretendía hacer una Constitución que incluyera los derechos de todos los colombianos se decía que en Colombia quienes reclamaban ese reconocimiento eran mestizos. Frente a esto, 10.000 telegramas que exigían el reconocimiento étnico y territorial de los afrodescendientes fueron enviados desde las comunidades negras a la Asamblea Nacional Constituyente, en una campaña que se llamó el Telegrama Negro. A través de actos culturales, foros, afiches y documentos, estas manifestaban su presencia, que eran una comunidad con raíces comunes, con una herencia y una tradición cultural propia, habitaban unos territorios que, aunque fueran considerados como baldíos por el Estado, habían sido suyos generación tras generación, durante cientos de años. Para continuar las acciones de presión a la Asamblea, la ACIA, ACADESAN, la OBAPO y la OREWA decidieron hacer el 21 de mayo de 1991 una toma pacífica de la Alcaldía, las oficinas del INCORA Chocó y la Catedral exigiendo ser reconocidas como comunidades negras”.

Friedemann [1993, pp. 159-161] es demográfica, económica, social, política, artística y ambiental) por la “invisibilidad del negro” en la sociedad colombiana (Friedemann, 1984, p. 310; Rossbach de Olmos, 2004, p. 377; Arocha, 2004, y Olof, Mazzot y Caicedo, 2003, p. 5) convirtiéndose en la razón moral que justifica el reconocimiento de un derecho que, como se ha visto, tiene una fuerte raigambre histórica.

En otras palabras, el nacimiento a la vida formal del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia está ligado a elementos históricos relacionados con la forma de apropiación de un espacio físico y espiritual, además de la conciencia social de un grupo étnico que encontró en la “movilización colectiva” (Pulido, 2010) u organización colectiva el camino para la reivindicación de sus derechos¹⁷¹.

Recogiendo lo más importante, el fundamento moral del derecho a la propiedad colectiva es consecuencia del proceso histórico que desarrolló inicialmente una forma de propiedad distinta a la de la propiedad privada clásica, de la deuda del Estado colombiano con el grupo étnico y del movimiento reivindicatorio iniciado por esas comunidades. La combinación de dichos argumentos marcó el origen del derecho a la propiedad colectiva.

¹⁷⁰ Castro (1993, p. 126) afirma: “El Estado colombiano tiene una deuda con los descendientes de los cuarenta millones de hombres negros que trabajaron de sol a sol durante más de 300 años sin recibir salario alguno, ni prestaciones sociales, ni asistencia social; lo que traducido en pesos, según el salario mínimo actual, se convertiría en una deuda calculable pero impagable. Otra deuda incalculable e impagable del Estado colombiano con las comunidades afrocolombianas, es la de haber sabido cuidar y mantener los territorios del Pacífico biodiverso, patrimonio cultural y ecológico de los afrocolombianos”.

¹⁷¹ A manera de ejemplo, Luis Fernando Múnera, quien para 1993 era Gerente General del antiguo Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA), explicaba: “El reconocimiento del derecho a la propiedad en estas tierras es la respuesta del Estado a las numerosas peticiones que, desde hace varios años, venían formulando las comunidades negras asentadas especialmente en la Cuenca del Pacífico, las cuales constituyen su hábitat, el territorio donde desenvuelven su vida, sus relaciones sociales y su cultura”.

1.2.2. Fundamento jurídico del derecho a la propiedad colectiva

En esta parte se describe cómo el derecho a la propiedad colectiva llega a positivarse, es decir, cómo se incorpora en disposiciones normativas. A continuación, de manera descriptiva y sin que constituya una lista exhaustiva, se relacionan las normas básicas que le dieron vida y desarrollo al derecho en el Estado colombiano. El propósito es resaltar las normas que lo crearon y de las cuales se puede extraer el contenido, insumo importante para el análisis que se realiza en el siguiente capítulo¹⁷².

De esa manera, el derecho a la propiedad colectiva tiene como principal fundamento jurídico el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991 defendido por unos y criticado por otros. A tenor literal el texto reza:

Artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

¹⁷² En esta sección se retoman algunos planteamientos de la ponencia “El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia, a partir de la Constitución de 1991: ¿un derecho diferente?, presentada en la *21 Riunione Scientifica del Centro Studi e Documentazione sui Demani civici e le proprietà collettive* de la Università Degli Studi di Trento los días 26 y 27 de noviembre de 2015 en Trento (Italia), gracias a la financiación y autorización de la Dirección del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley

Se incorpora al fundamento jurídico la norma que le dio vida al artículo 55 transitorio, la Ley 70 de 1993, que tiene como principios

[...] 1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana. 2. El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras, 3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley, y 4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.

A modo de ilustración se puede citar una de las disposiciones donde se consagra el derecho:

Ley 70 de 1993. Artículo 1. La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

De acuerdo con lo previsto en el Parágrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.

[...]

Ley 70 de 1993: Artículo 4. El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de qué trata el inciso segundo del artículo 1o. de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.

Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales "Tierras de las Comunidades Negras".

Finalmente, la norma reglamentaria que establece los requisitos para acceder o adquirir el derecho es el Decreto 1745 de 1995, mediante el cual se reglamentó el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de los consejos comunitarios de comunidades negras.

Las disposiciones transcritas no definen el derecho a la propiedad colectiva o lo hacen solo de manera instrumental. Así pues, el derecho que ejercen las comunidades negras sobre las tierras que les son adjudicadas es su principal elemento o atributo y no es, por tanto, objeto de desarrollo normativo. No obstante, otros enunciados normativos resultan relevantes para determinar las características de dicho derecho, por ejemplo, el artículo 63 constitucional señala que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, de donde surgen importantes limitaciones en cuanto al poder de disposición de su titular que serán analizadas en los capítulos segundo y tercero.

Además, al comparar el contenido del artículo 63 con lo dispuesto en artículo 55 transitorio aparece una contradicción, pues el primero prohíbe expresamente la enajenabilidad de las tierras comunales de los grupos étnicos, incluidas las tierras colectivas de las comunidades negras, mientras que el segundo permite la enajenabilidad en los términos que determine la ley (este evento será analizado más adelante cuando se estudien las características del derecho). Esta contradicción explicaría por qué el artículo 55 transitorio se aplica de manera preferente al artículo 63, pues se trata de una disposición especial.

En cuanto a su origen, este derecho solo es reconocido al grupo étnico a partir de la introducción del artículo 55 transitorio de la Constitución, reforzado con el artículo 63 de la

misma Carta en cuanto a la definición de algunas características¹⁷³, y desarrollado posteriormente con la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995; sin embargo, ya antes existían tratados internacionales incorporados a la legislación colombiana en los que se consagraba el derecho a la propiedad, pero no específicamente para ese grupo, sino en general para los pueblos indígenas y tribales¹⁷⁴. De allí en adelante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al igual que la Comisión Interamericana de Derechos humanos (2010, p. 27)¹⁷⁵, le ha dado a este derecho la categoría de fundamental y de derecho colectivo.

No se debe olvidar que el derecho a la propiedad está consagrado en nuestra Carta en el en el capítulo 2.º del artículo 58, tradicionalmente asignado a los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con Rafael de Asís (2005B, p. 17), las anteriores disposiciones serían el fundamento jurídico del derecho a la propiedad, pero el fundamento ético, que tiene que ver con las razones del derecho, se concreta en considerar que es un derecho que surge como parte de un proceso de reivindicación del Estado colombiano a favor de una comunidad invisibilizada en el país hasta 1991.

¹⁷³ Artículo 63 de la Constitución Política de Colombia de 1991: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

¹⁷⁴ Los pronunciamientos de la Corte han sido consistentes en sostener que el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras tiene su antecedente, antes de la Constitución de 1991, con la ratificación del Convenio 107 de 1967 mediante la Ley 37 de 1967, y de ahí en adelante con el artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991, el Convenio 169 de 1989, adoptado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, y el posterior marco normativo expedido como la Ley 70 de 1993, el Decreto 1745 de 1995 y las demás disposiciones reglamentarias.

¹⁷⁵ La Comisión ha sostenido que “El respeto por los derechos colectivos a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales es una obligación de los Estados Miembros de la OEA; el incumplimiento de esta obligación compromete la responsabilidad internacional de los Estados. El derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica también el reconocimiento de un título colectivo de propiedad sobre esas tierras. Esta obligación, como se verá, ha sido reiterada en una serie de casos contenciosos fallados por la Corte Interamericana” (2007, p 27).

También vale la pena señalar que de las anteriores normas se pueden extraer algunos aspectos que permiten determinar los atributos y características del derecho a la propiedad colectiva; sin embargo, no se explica el derecho, o a qué categoría pertenece, por lo que, el siguiente punto servirá para discutir, como se anunció al comenzar el capítulo, la relación entre el derecho en estudio y algunas de las clasificaciones tradicionales de derechos. Y a partir de allí se continuará con las categorías derechos colectivos y derechos reales.

1.3. Un derecho más que individual y más que colectivo

Para cada comunidad, los bosques, las minas, las ciénagas y el río son de propiedad colectiva, mientras que la casa de habitación, los instrumentos de trabajo y el terreno de cultivo son de propiedad familiar, y las cosas de uso personal, de propiedad individual.

Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato

En la jurisprudencia¹⁷⁶ y la doctrina colombianas el derecho reconocido a las comunidades negras en virtud del artículo 55 transitorio de la Constitución y la Ley 70 de 1993, está categorizado como un derecho colectivo¹⁷⁷ adjudicado al sujeto colectivo “comunidad

¹⁷⁶ Principalmente, al referirse a todos los derechos de las comunidades negras, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana lo hace como un derecho colectivo; lo anterior se puede ilustrar, entre otras, con las Sentencias C-169 del 14 de febrero de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz: “Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes”; y C-253 del 25 de abril de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo: “En muchas de estas providencias la Corte ha fijado qué se entiende por comunidades negras y quiénes la conforman, para lo cual ha interpretado el sentido de ‘grupo tribal’ del Convenio 169 de la OIT, estableciendo las características de dichas comunidades como sujetos colectivos titulares de derechos”.

¹⁷⁷ La categorización de los derechos de grupos étnicos como aquellos de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la propiedad de las tierras de acuerdo con las explicaciones de Sauca y Wences (2015, p. 198), tiene una nueva dimensión en el discurso del Derecho Internacional gracias a los instrumentos internacionales adoptados, en los que se puede interpretar que se ha aceptado el carácter colectivo de esos derechos. En este marco es donde la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicen los autores “adquiere especial relevancia puesto que cabe sostener que su jurisprudencia está manteniendo un carácter evolutivo en

negra”, y aunque las normas citadas, como se ha reiterado en esta primera parte de la tesis, no lo definen textualmente, de manera instrumental es posible identificar algunas posibles características del derecho a la propiedad colectiva que ofrece los elementos conceptuales para definir si el derecho en estudio se puede incluir en la teoría de los derechos individuales y colectivos.

En tal virtud, las siguientes líneas se concentran en dilucidar, a partir de la revisión de la doctrina, si el derecho a la propiedad colectiva cumple con las condiciones para ser catalogado como un derecho colectivo. Para ello, primero se asume una postura frente a la existencia o no de los derechos colectivos y la distinción entre derechos e intereses colectivos y derechos e intereses difusos; luego se esbozan algunas definiciones de derechos colectivos y, finalmente, se encuentran los puntos comunes, así como las diferencias entre el derecho reconocido al grupo étnico en estudio y la noción de derechos colectivos; dejando de lado discusiones bizantinas de enfrentamiento entre derechos individuales y derechos colectivos¹⁷⁸, pues no se pretende discutir sobre “las

la que con progresiva claridad se va decantando en favor de una comprensión de los derechos de los pueblos indígenas implícitamente protegidos por el Convenio como derechos colectivos. En esta evolución, son especialmente relevantes los casos denominados *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2000); *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005); *Partido político Yatama vs. Nicaragua* (2005); *Comunidad Indígena Sawhoy Amaxa vs. Paraguay* (2006); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010) y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Casi todos estos casos versan sobre cuestiones relativas a la propiedad de la tierra por parte de los pueblos indígenas y la explotación de los recursos naturales en ellas contenidos”.

¹⁷⁸ De acuerdo con Alexy (1994, p. 179) la relación entre derechos individuales y bienes colectivos es uno de los temas iusfilosóficos cuya discusión parece no tener fin. Sin embargo, dice Molina (2011, p. 54), “... y en contra de lo que pudiera pensarse, la teoría de los derechos colectivos no es nueva sino que ha ocupado a clásicos del pensamiento político como Aristóteles, Vitoria, Rousseau, Hegel, Fichte o Marx (López Calera 2000, p. 155). También ha constituido uno de los aspectos fundamentales de la evolución política y social del mundo (qué otra cosa es sino la pugna establecida entre el liberalismo y el marxismo). Y ello es lógico, puesto que, en definitiva, el debate sobre la dimensión individual o social del ser humano es un problema casi tan viejo como la propia humanidad, o por lo menos tan viejo como la propia filosofía política”. Acerca del origen de las explicaciones sobre los derechos colectivos exponen Sauca y Wences (2015, p. 196): “Con

contradicciones que han planteado algunos autores entre derechos individuales y derechos colectivos”, ni “excluir el holismo y el colectivismo” (Rivera 2007, p. 197), pues, lo que interesa acá no es plantear una forma de solución al dilema entre derechos colectivos e individuales (Carmona, 2013, p. 4).

En primer lugar, existe una división en la doctrina en relación con la existencia de los derechos colectivos¹⁷⁹; como bien lo explica López Calera (2000, p. 11), estos derechos son

anterioridad, y en especial como respuesta a la rehabilitación de una filosofía política vinculada a la idea de los derechos promovida por *A Theory of Justice* de Rawls, se produjo una primera defensa de los derechos colectivos por autores como Van Dyke (1974, 1975, 1977, 1979, 1982), Dinstein (1976, 1990/1), Garet (1983) o, en términos jurídicos Chevrette (1972) que acreditan el mérito de haber iniciado el debate. Sin embargo, su estrategia fue característicamente colectivista o comunitarista y recurrían tanto a argumentaciones relativas a componentes ontológicos del tipo de la existencia de entes colectivos como componentes éticos según los cuales esos macro sujetos adquirirían agencia moral plena”. Además, describen: “Por ello, no será hasta entrados los años ochenta que empieza a desarrollarse en este último tipo de teorías una readecuación conceptual que fuera abriendo vías de acogida a la cuestión de los derechos de los colectivos. En este sentido, las aportaciones de teóricos del Derecho como Neil MacCormick (1982) o Joseph Raz (1986) o de filósofos como Wayne Sumner (1987) desbrozaron caminos que hoy han devenido clásicos en la materia [...] defensores de los derechos colectivos entre quienes destacaremos a autores como Carignan (1984), McDonald (1986, 1987a, 1987b, 1989, 1991 y 1992), Sanders (1991), May (1987; 1992) Addis (1992), Johnston (1989), Karmis (1993), Freeman (1995), Jones (1999a, 1999b, 2000) o Copp (2007). En definitiva, se ha producido una parcial convergencia tanto por evolución de la tradición teórica del liberalismo que ha facilitado un reconocimiento de fórmulas de derechos colectivos o de grupo como en las de impronta comunitarista, colectivista o corporatista que han acentuado las estrategias de su reformulación como teorías de derechos humanos. En la literatura hispano hablante se ha reproducido esta evolución. En un contexto general en que las tesis críticas a los derechos de grupo son ampliamente mayoritarias (Caracciolo, Fernández García, Garzón Valdés, Laporta, Peces Barba, Pérez Luño, Ruiz Miguel, Savater; ver por todos Rodríguez Abascal, 2000, 2002 y 2003) se han ido abriendo perspectivas favorables a su fundamentación bien en la vía de concebirlo como derechos de grupo (Torrisco, 2006; Cruz Parceró, 2007) bien directamente como derechos colectivos (Requejo, 1999; López Calera, 1992 y 2000; García Inda, 2001; Gil Domínguez, 2005)”.

¹⁷⁹ Rodrigo Rivera Morales explica que “Es patente que existe toda una problemática en torno a los derechos colectivos, es especial, atinente al problema de la titularidad de los derechos colectivos, qué se puede considerar como sujeto colectivo, cómo se puede ejercitar un derecho colectivo, qué diferencias existen con

una cuestión fundamental; sin embargo, algunos¹⁸⁰ (López Calera, 2000, pp. 13,19) consideran que son una categoría injustificada, poco o nada consistente y teóricamente innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa, y que su existencia suele estar fuertemente cuestionada, al punto que autores como Javier Pérez Royo (citado por Escudero, 2001, p. 167) y Rivera (2007, p. 167) consideran que “jurídicamente son un disparate” o son “causa de muchas polémicas y políticamente la antesala de la barbarie”.

Del mismo modo, algunos autores manifiestan que es precario y difícil un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos (Santofimio, 2010, p. 29) ya que (Guayacán, 2013, p. 55) nos encontramos con una profusa y un poco anárquica producción de conceptos; además el concepto en cuestión (López Calera, 2000, p. 13) tampoco ha facilitado las cosas, porque está envuelto en imprecisiones, paradojas, contradicciones doctrinales y lleva sobre sus espaldas una historia no siempre benéfica o

relación al ejercicio colectivo de derechos individuales, cómo se estructuran legalmente” (2007, p. 178). Esta problemática, al igual que lo indica Rivera (2007, p. 178), no es objeto de esta tesis. Otros autores como Sauquillo (2001, pp. 296-298) están en contra de la existencia de los derechos colectivos, posición sustentada entre otros en los siguientes argumentos: “A la pregunta sobre si hay derechos colectivos, contesto negativamente por dos razones fundamentales: porque comparto algunos de los tratamientos liberales contemporáneos que han recibido las demandas de justicia; y porque la contestación afirmativa dada a esta pregunta por el comunitarismo, de ayer y de hoy, acaba conculcando, al menos en algunas de sus versiones, la libertad individual comprometida críticamente con la sociedad. En mi opinión, la “política del reconocimiento” puede practicarse sin asumir todos los presupuestos colectivistas del lenguaje y desde posiciones individualistas. En torno a los derechos colectivos existe un tabú porque se reflexiona poco sobre ellos, se les da por supuesto y poco se indaga sobre el contenido de su expresión y sus consecuencias prácticas”.

¹⁸⁰ Otro ejemplo de los tratadistas que no están de acuerdo con la existencia de los derechos colectivos lo representa el profesor español Blázquez (2004, p. 388), quien, ante la pregunta que se hacía el profesor López Calera acerca de la existencia de los derechos colectivos, respondió: “No existen [...] como tampoco existen los derechos individuales [...] Como todas las normas, se trata de unas entidades que son creadas por los hombres, pero que no tienen una existencia por sí”.

positiva¹⁸¹ o, como dice Rodríguez (2016, p. 73), también se suma a las críticas la vaguedad y la ambigüedad conceptuales que los acompaña, la oscuridad de la expresión, su carácter polisémico o incluso a las trampas ideológicas que los defienden o los atacan.

Aún más, dice Cruz (1998, p. 95) que muchos autores modernos y contemporáneos han teorizado sobre el concepto de “derechos individuales, poca ha sido la atención que se le ha dado al concepto de derechos colectivos¹⁸². De esta manera, tal como lo describen Sauca y Wences (2016, p. 2) no parece cercana la generación de un consenso mínimamente amplio respecto de su aceptación por lo que cabe sostener que el debate sigue abierto.

De ahí que estudios como el que se propone esta tesis están cada vez más vigentes en países multiculturales, pues, en palabras de López Calera (2000, p. 29), el multiculturalismo es

¹⁸¹ Sobre el desarrollo histórico de los derechos colectivos, el tratadista mexicano Juan Antonio Cruz Parceró (1998, p. 95) señala: “No obstante, en el debate público esta noción ha desempeñado un papel importante; recuérdese, por ejemplo, el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776): ‘Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro, a tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza, y del Dios de esa naturaleza, le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad le obliga a declarar las causas que lo impulsan a la separación’. En tiempos más recientes la idea de los derechos colectivos ha tomado mayor importancia en las discusiones políticas. Después de la Segunda Guerra Mundial, dos pactos internacionales de la ONU establecieron que ‘... todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación’ y se reconocieron algunos derechos a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas”.

¹⁸² Para Cruz (1998, p. 96) la poca atención que se ha puesto al concepto de derechos colectivos, que posiblemente se deba a la concepción moderna de los derechos subjetivos (esto es, “cualidades” o “facultades” inherentes al ser humano), impide que el problema sea incluso planteado como tal. No obstante el desinterés de los teóricos del derecho, existe una preocupación reciente por el tema que proviene de la crítica al liberalismo desde las filas del movimiento comunitarista que pone en duda la capacidad de aquél para proteger a ciertos grupos minoritarios mediante la concesión de derechos individuales y ha pugnado por el otorgamiento de “derechos comunitarios”. La discusión ética, política y jurídica ha sido particularmente interesante en el contexto canadiense donde el debate sobre los derechos colectivos es un tema central y controvertido a raíz de las demandas que han realizado los grupos francófonos e indios.

uno de los fenómenos sociales animados por una idea de lo colectivo y que no puede ni debe ser negado.

En Colombia tanto la Constitución como la ley otorgan un papel central a la noción de derechos colectivos en la medida en que reconocen en el Estado un garante de los pactos entre las diversas fuerzas de la sociedad (Delgado, Amaya y Orozco, s.f., p. 14). Además, de acuerdo con Monroy y Pinzón (2012, p. 17), no es casualidad encontrar que a raíz de la expedición de la Constitución de 1991, y al incorporarse la noción propia del Estado Social de Derecho, en nuestro país se reconociera también la importancia de los derechos colectivos.

Para la reflexión de esta tesis, aunque la noción de derechos colectivos sea cuestionada, en el caso de las comunidades negras se considera que es utilizada no solo como una mera referencia doctrinal y jurisprudencial, como se ejemplificó al inicio de esta sección, sino que también es la base para la definición de políticas públicas y programas con impacto en estas comunidades.

Aparte de la discusión doctrinal relativa a la existencia de ese tipo de derechos, sobre la cual ya se ha precisado que se parte de su reconocimiento, lo que se pretende es cuestionar que de forma generalizada o absoluta se asigne a todos los derechos reconocidos a las comunidades negras sin tener en cuenta sus particularidades, la categorización como derechos colectivos.

Es decir, se intenta, de acuerdo con Cruz (1998, p. 97), "... esclarecer el concepto de derechos colectivos", o lo que Alexy (1994, p. 179) llama la naturaleza analítica de la relación entre derechos individuales y bienes colectivos. A pesar de nuestra posición, se debe advertir que sobre la base de los derechos reconocidos a los indígenas (con extensión a las comunidades negras), y bajo el criterio de "propiedad comunal", un sector de la doctrina especialmente internacional, considera que el derecho a la propiedad colectiva reconocido a los pueblos indígenas es un derecho colectivo, como lo sostiene entre otros la

Corte Interamericana de Derechos Humanos según señalan Toro-Huertas (2010) y Blázquez (2004, pp. 393-395):

La propiedad colectiva es, como he señalado antes, un buen ejemplo de derecho colectivo justificado. La propiedad colectiva es una forma de propiedad que merece las mismas garantías que la propiedad particular y, que, en ese sentido, es tan privada como ésta... sin necesidad de que sea entendida como propiedad individual. De manera que la protección de la propiedad de los pueblos indígenas pasa por protegerla según su propia concepción y no convertirla en una “especie” de propiedad privada. Una primera cuestión que pone de manifiesto la cuestión de la propiedad como un derecho colectivo es su protección. Los derechos constituyen un marco exigente para la defensa de ciertos valores, otra cuestión es que se perviertan dichos valores, o que los derechos se demuestren ineficaces. Por eso, como denuncia Chomsky, el expolio de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas constituye una de las mayores infamias e hipocresías de la historia.

Por otro lado, el reconocimiento de este derecho colectivo a la propiedad (colectiva) exige una serie de matizaciones. En primer lugar, como advierte Kymlicka es necesario desarrollar las pertinentes medidas que eviten las “restricciones internas” 21, entendidas éstas como medidas “mediante las cuales el grupo niega la libertad de sus individuos, en nombre de la ortodoxia identitario-cultural”. En este caso, lo que será necesario es garantizar el disfrute de la propiedad en igualdad y respetando los principios que emanan de ese sistema normativo que informan, y del que se ha deducido el reconocimiento de los derechos sobre los territorios ancestrales.

Por ello, como puse de manifiesto más arriba, la propiedad es el ejemplo claro de derecho colectivo que permite una “especificación” justificada, porque el mero reconocimiento registral de la propiedad, o cualquier otra medida formal, no garantiza la eficacia de ese derecho ni la supervivencia de esa comprensión del mismo, sino que resulta necesario realizar una interpretación más activa o promocional de la sentencia, en el sentido de incluir el deber del Estado de fomentar la supervivencia de esa forma de propiedad, que al mismo tiempo garantiza la supervivencia, desarrollo y mejora de esa sociedad.

De esta forma, cuando se utiliza la expresión derechos colectivos¹⁸³ también se abre el espacio para una discusión de carácter teórico, que en el país no ha tenido alcance y

¹⁸³ Se trata de la discusión respecto de las diferencias entre derechos e intereses colectivos, o entre derechos e intereses difusos y colectivos. Aunque Guayacán (2013, p. 72), quien ha teorizado al respecto, aún no logra

relevancia práctica como lo exponen Murcia (2012, p. 26)¹⁸⁴ y Guayacán (2013, p. 90)¹⁸⁵. Se trata de las diferencias entre derechos e intereses colectivos¹⁸⁶, o entre derechos e intereses difusos y colectivos. Por ejemplo, Chaustre (2009, p. 55), quien distingue entre derechos colectivos e intereses difusos, explica que estos están en cabeza de la generalidad de toda la población y los primeros en cabeza de una colectividad determinada. También dice Murcia (2012, p. 26) que un sector de la doctrina pregonaba diferencias en las expresiones derechos e intereses colectivos, en el sentido de que el primero tiene un componente necesario de eventualidad, mientras que el segundo carece de él.

decantar con unanimidad sus diferencias. En ocasiones se utilizan como sinónimos y en ocasiones como categorías dogmáticas diversas. Por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha ponderado, ni ahondado de manera clara en las diferencias entre derechos colectivos y difusos porque se concentró en el estudio de la naturaleza, procedencia y titularidad de las acciones populares. Así se puede ver, entre otros, en los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencias del 17 de marzo del año 2000, radicado AP-019. Actor Corporación de Ordenamiento Territorial Co-Sinergia, C. P.: Olga Inés Navarrete Barrero; y 15 de agosto de 2013, radicado 52001-23-31-000-2010-00680-01(AP). Actor: Carmenza Tez Juagibioy y otros, Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Otro, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁸⁴ Murcia (2012, p. 26) señala que al presentarse el debate legislativo al primer proyecto de ley que reglamentaba las acciones populares y de grupo, presentado por la Defensoría del Pueblo, se intentó plasmar una diferencia entre los conceptos “derechos” e “intereses colectivos”, pero luego se concluyó que tal distinción no tenía ningún sentido práctico y, además, en lugar de clarificar, confundiría. De este modo, en los proyectos de ley subsiguientes y en las distintas ponencias, se omitió esta distinción y en lugar, se decidió utilizar indistintamente tales términos

¹⁸⁵ El profesor Ramiro Bejarano Guzmán (1993, p. 32) ya había explicado que en algunas legislaciones la diferencia entre intereses difusos y colectivos reviste importancia porque determina la clase de jurisdicción por la cual se protegen o tutelan, así como los instrumentos jurídicos idóneos para ello. Dice el autor (1993, p. 33) que algunos ven en el interés colectivo una noción de derecho público y por tanto un tema de lo contencioso administrativo, al paso que otros ven en los intereses difusos un tema de derecho privado que le corresponde a los tribunales civiles.

¹⁸⁶ Por eso Bejarano (1993, p. 30) precisa que en Colombia el Constituyente de 1991 optó por unificar en vez de diferenciar los conceptos de derechos e intereses como lo hace la doctrina tradicional.

Asimismo, Gidi (2004, p. 57-59) describe cómo en Brasil¹⁸⁷ se distinguen tres tipos de derechos de grupo: 1. Los derechos difusos, de los cuales los ejemplos más claros están en la protección del medio ambiente y del consumidor, pues son derechos que pertenecen a un grupo de gente no identificable sin vínculos previos que solamente están relacionados entre sí por un acontecimiento específico. 2. Los derechos colectivos, caso en el cual los miembros del grupo están ligados unos a otros o con la contraparte por una relación jurídica previa, es decir, se trata de un grupo más definido (Gidi, 2004, p. 59), y, finalmente, 3. Derechos individuales homogéneos, en los que se refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva para daños individuales¹⁸⁸.

Del mismo modo, Piscioti (2001, pp. 58-59) sostiene que algún sector de la doctrina insiste en diferenciar los intereses difusos de los intereses colectivos, para lo cual se han elaborado criterios que permiten identificar algunas distinciones que aportan elementos de juicio al asunto.

¹⁸⁷ Además de Brasil, Guayacán (2013, pp. 72,75) explica que el tema y diferencia entre los derechos e intereses colectivos y difusos ha sido tratado por el derecho procesal civil español, y por el derecho administrativo y el derecho procesal civil italiano. En la doctrina administrativa italiana se acudió a diferenciar los conceptos de intereses colectivos e intereses difusos, fundamentando tal diferencia en el grado de organización de la colectividad. Si la colectividad está organizada son intereses colectivos y son tutelables; si no están organizados y son no tutelables se está en presencia de los intereses difusos.

¹⁸⁸ Respecto de estos tres tipos de derecho en Brasil cfr., entre otros, A. Gidi (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. L. Cabrera (trad.). México: Universidad Nacional Autónoma; K. Watanabe (2004). “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. En A. Gidi y E. Ferrer (2004). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, pp. 3-12; A. Gidi (2004). “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En A. Gidi y E. Ferrer (2004). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, cit., pp. 25-38.

Para Piscioti (2001, pp. 58-59) el interés colectivo no es sino una especificación o especie de interés difuso. Es importante tener en cuenta que la definición de interés colectivo depende, según se desprende de la doctrina, de la posición particular que se adopte; así, desde un punto de vista estricto, basado en criterios de identidad tanto subjetivos como objetivos, tendremos una definición referida a un interés cuyos portadores son identificables en virtud de la pertenencia a un grupo (ente exponencial o entidad meramente abstracta) cuyo elemento unificante está constituido por estatus homogéneos.

Murcia (2012, p. 27) señala que el Consejo de Estado ha querido rescatar tal distinción, anotando que los difusos son derechos que aún no están en cabeza de una asociación que los proteja, mientras que los colectivos ya lo están; pero la Corte Constitucional¹⁸⁹ ha sido más contundente al manifestar que el objeto de la acción popular es la protección de los derechos e intereses colectivos, sin requisitos distintos a los que establezca el procedimiento regulado por la ley, de manera que resulta indiferente preguntarnos si existe o no una asociación constituida para defenderlos.

No obstante, se debe advertir una vez más que en Colombia no se establecen distinciones entre tales expresiones, pues en términos generales se habla de derechos e intereses colectivos a la par de derechos e intereses difusos, es decir, se toman como conceptos equivalentes. Bien dice Murcia (2012, pp. 25, 121) que en el ordenamiento jurídico colombiano se protege indistintamente a los derechos e intereses colectivos, sin más requisitos que los que establece el procedimiento regulado por la Ley 472 de 1998, y sin atender a las clasificaciones que de ellos ha hecho la doctrina, además de que ni la Constitución de 1991 ni la Ley 472 de 1998 adoptaron una clasificación o distinción entre derechos.

¹⁸⁹ Entre otras, en las Sentencias T-254 de 1993; T-714 del 27 de septiembre de 1999; C-622 del 14 de agosto de 2007; T-659 de 2007 y T-587 del 27 de agosto de 2009, la Corte Constitucional trata el tema de los derechos colectivos.

En el mismo sentido, Guayacán (2013, p. 148) señala que a pesar de que el modelo brasileño distingue entre los intereses colectivos difusos e individuales, en Colombia solo se distingue entre intereses individuales y colectivos (distinción que ha sido reiterada en varios pronunciamientos por la jurisprudencia colombiana¹⁹⁰), ya que la doctrina y la

¹⁹⁰ El Consejo de Estado ha sido enfático en precisar: “En ese orden de ideas, se observa que los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley, pues para los segundos el legislador ha previsto sus propias reglas de juego; en cambio, para los intereses colectivos, sólo con la expedición de la Ley 472 reguló en forma general dicha acción, la cual no se limitó únicamente a consagrar principios generales, sino que le otorgó al Estado y a los ciudadanos instrumentos efectivos para convivir dentro de un entorno ecológico sano. En efecto, estos intereses afectan de manera homogénea a la comunidad, pero la titularidad de la acción cuyo propósito es volver las cosas al estado de normalidad la tiene cualquier persona, no obstante que podrá ser ejercida por un grupo determinado de personas a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, violado por la acción de los particulares o por el poder público. Los intereses colectivos por ser intereses que le pertenecen a todos y cada uno de los miembros de la colectividad, se concretan a través de su participación activa ante la administración de justicia y suponen la restitución de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado de personas. Por ser intereses que le pertenecen a todos y cada uno de los miembros de la colectividad, se concretan a través de su participación activa ante la administración de justicia”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2006, radicado 63001-23-31-000-2003-00861-01(AP). Actor: Graciela Chiquito Jaramillo, Demandado: Fiduciaria La Previsora S.A. y Otros, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar; cfr. también Sentencia AP- 527 del 22 de enero de 2003: “Los colectivos son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas que, en potencia, pueden ser, incluso, todos los que integran una comunidad [...] Por eso ha dicho la Corte Constitucional que es imposible enmarcar el interés colectivo en un ámbito meramente subjetivo o particular, pero que cualquier persona perteneciente a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir la defensa de tal colectividad, con lo cual logra simultáneamente proteger su propio interés”. El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 05001-23-31-000-2001-2012-01(AP-0388). Actor: Omar de Jesús Flórez Morales, Demandado: Empresas Públicas De Medellín, C. P.: Ricardo Hoyos Duque señaló: “No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes

práctica judicial colombianas no han tenido la necesidad de la distinguir entre intereses colectivos y difusos, ni han ocupado su atención (Guayacán, 2013, p. 86)¹⁹¹. Por ejemplo, el Consejo de Estado precisó respecto del reconocimiento de derechos colectivos:

materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar. Esa distinción teórica aparentemente sencilla, genera en algunas oportunidades dificultades prácticas al momento de clasificar algunos derechos. Las confusiones pueden surgir por razón de la misma ley, pues se advierte que el legislador en el literal n) del artículo 4 de la ley 472 de 1998 señaló como derechos colectivos los de los usuarios y consumidores. Sin embargo, son precisamente estos derechos los que por antonomasia constituyen el objeto de las acciones de grupo, cuando se han producido daños individuales. Es decir, si bien los consumidores o usuarios tienen intereses comunes, como los son por ejemplo la buena calidad o seguridad de los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto, cualquier persona potencial consumidora del bien podría iniciar una acción popular con el fin de evitar un daño eventual, lo cierto es que quien ha adquirido el bien o es usuario de un servicio ha celebrado un contrato con el vendedor o prestador del mismo, razón por la cual el interés que podría tener en evitar el daño o en su reparación en el evento de que éste se haya causado es de carácter individual, que por el hecho de pertenecer a un grupo indeterminado de personas no se convierte en colectivo”.

¹⁹¹ Al tratar de encontrar una explicación al hecho de que en Colombia no ha trascendido una distinción entre interés difuso y colectivo, Guayacán (2013, pp. 86-91) explica que son varias las hipótesis que se pueden plantear. La primera consiste en que, al margen de los antecedentes presentes en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente respecto de los motivos que llevaron a consagrar su protección, en ellos hay genéricas referencias al paso del Estado de derecho al Estado social de derecho y a la necesidad de proteger los derechos de tercera generación. Todas ellas reflexiones de orden político-constitucional que no resuelven nuestro interrogante respecto de la ausencia de clasificación en colectivos y difusos. La segunda hipótesis, que parece más convincente, tiene que ver con que, pese a la existencia del artículo 2359 del Código Civil y del artículo 88 de la Constitución de 1991 que establecen la acción popular, en Colombia existía una cultura jurídica que no tenía problema en relacionar lo colectivo con lo público, por lo cual era irrelevante crear la categoría de intereses difusos. Esa cultura estaba determinada por la existencia de las acciones populares, que servían como instrumento para proteger tanto los intereses públicos como los

Por lo demás, los derecho e intereses colectivos son únicamente aquellos previstos como tales en la Constitución Política (arts. 78 a 82 y 88), en la ley (L. 472/98, art. 4.º) o en los tratados internacionales. Y si no se encuentra en ninguno de estos cuerpos normativos consignada la moral pública como tal, no es posible su protección por vía de acción popular. En otras palabras, mientras no se haya producido un reconocimiento del derecho positivo no es posible considerar como colectivo un interés determinado, así se tenga un carácter general, como pasible de esta especial protección tal y como lo ha señalado la sala (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, radicado AP-25000-23-27-000-2004-00888-01, ago.13/2008, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio)¹⁹².

intereses colectivos. De esa forma, para efectos de su protección, se entendió que era irrelevante, pues tanto los unos como los otros podían ser tutelados mediante la acción popular. Además, si se observa que para proteger intereses colectivos o intereses públicos puede concurrir cualquier ciudadano sin acreditar un interés propio, esta circunstancia por sí sola explica que no había motivo para hacer una distinción entre intereses defendidos por grupos organizados e intereses sin sujetos, tal como hizo la doctrina italiana, por lo que no fue necesario construir la noción de interés difuso.

¹⁹² Otros ejemplos de esa posición del Consejo de Estado se pueden ampliar en: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de junio de 2000, radicado AP-001. Actor: Efraín Olarte Olarte, Demandado: Presidencia de la República, C. P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “Así, si bien la Constitución, en su artículo 88, ha calificado como colectivos algunos intereses, tal enumeración no es taxativa, pues la ley puede calificar, igualmente, como colectivos otros intereses similares a los descritos en dicha norma. Además, no es posible afirmar que los instrumentos jurídicos de defensa de intereses colectivos resulten aplicables por el simple hecho de que se afecte un número plural de personas o porque se trate de derechos enumerados en el art. 88, sino que deben concurrir todos los requisitos a que antes se hizo referencia”. Además, en la Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de enero, radicado 25000-23-26-000-2001-00527-03(Ap) Actor: Asociación de Residentes Barrio Santa Ana Oriental, Demandado: Curaduría Urbana, Departamento Administrativo de Planeación Distrital, C. P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “Por otra parte, si bien la Constitución, en su artículo 88, ha mencionado algunos intereses colectivos, tal enumeración no es taxativa, pues la ley o los tratados internacionales pueden calificar como tales otros intereses similares a los contenidos en el artículo 88 de la Carta. Dicho planteamiento tiene por fundamento lo dispuesto en el inciso final del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, que prevé: ‘Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia’. Lo anterior supone, que si bien, no se trata de una enumeración taxativa, sólo pueden considerarse como intereses o derechos colectivos aquellos reconocidos como tales por cualquiera de las normas aludidas y

sólo a partir de su reconocimiento son susceptibles de protegerse por medio de la acción popular, de toda acción u omisión de las autoridades públicas y los particulares que los amenace o vulnere. Es decir, que la calidad de derecho colectivo no la ostentan *per se*, no surge de su propia naturaleza, sino que es necesario que el ordenamiento jurídico los reconozca como tales. De modo que, si bien la Sala ha reiterado ciertas características inherentes a los derechos e intereses colectivos, entre ellas, es menester mencionar el reconocimiento [...] hecho por la Constitución Política, la ley, o los tratados internacionales que hayan seguido los trámites de recepción por el ordenamiento interno colombiano. Lo anterior es evidente, y lo ha puesto de presente la Sala, al establecer que si bien un derecho colectivo compromete el interés general, no todo lo que suponga este último configura por esa sola característica, un derecho colectivo. Resulta así claro que mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no se puede considerar que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo; por consiguiente, sólo será derecho colectivo susceptible de ser amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, aquél que, reuniendo las características propias del interés colectivo, esté reconocido como tal por la ley, la Constitución o los tratados internacionales”. Otro ejemplo: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007, radicado Ap-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-Etmva y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio: “Así las cosas, la Constitución consignó –expresa mas no taxativamente¹⁹²– varios de ellos en el capítulo 3.º del Título II: Los derechos de los consumidores (art. 78), del medio ambiente (arts. 79 y 88), espacio público (arts. 82 y 88), patrimonio (art. 88), seguridad y salubridad públicas (art. 88), moral administrativa (art. 88), libre competencia económica (art. 88) y otros de similar naturaleza que defina la ley. [...] la ley 472 amplió significativamente el número de derechos colectivos y reguló de manera uniforme el procedimiento para su protección. Así, el artículo 4.º extendió el espectro de derechos colectivos susceptibles de amparo en sede popular e indicó que dicha enumeración no era taxativa y que involucraba igualmente aquellos previstos en otras disposiciones de derecho interno (incluida la normativa anterior a la Carta de 1991), así como en tratados internacionales. ‘[...] Es claro que la enumeración prevista en el artículo 4.º transcrito es eminentemente ilustrativa, habida cuenta que reenvía a otros cuerpos normativos (la Constitución, otras leyes nacionales así como disposiciones internacionales incorporadas al derecho interno)’”. Igualmente, cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia del 15 de agosto de 2007, radicado 05001-23-31-000-2005-01188-01(AP). Actor: Proambiente y Otros, Demandado: Municipio de Bello y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio: “Es de resaltar que los derechos colectivos, además, no son calificados por la Constitución como de aplicación inmediata o directa (art. 85), sino que –por el contrario– tal y como lo estableció el citado artículo 88 Constitucional para ser exigibles requieren de un previo desarrollo legislativo. No debe perderse de vista que la Ley 472 no sólo definió como colectivos otros derechos –ya expresamente, ora a través de remisiones a otra normas nacionales e internacionales– sino que al desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política reguló ‘el ejercicio de las acciones populares’, tal y como se indica expresamente en el encabezamiento de dicha ley y lo reitera

Hay otros aspectos que es preciso mencionar en esta sección, como señala Santofimio (2014, p. 14), ambos (derechos colectivos o intereses difusos) están cimentados en los derechos de solidaridad, pues están “fundados y sustentados en el concepto de interés público general” y son “inherentes a la finalidad pública o colectiva” (Santofimio, 2010, p. 30).

prácticamente en todos sus preceptos. En esta misma providencia la Sala reiteró que sólo pueden considerarse como derechos colectivos pasibles de protección a través de la acción popular consagrada en el artículo 88 C.N., los que hayan sido reconocidos como tales de manera expresa por el derecho positivo, criterio que había expresado de vieja data esta Corporación”. El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, en la Sentencia del 13 de septiembre de 2002, radicado 13001-23-31-000-2000-9008-01(Ap-575) Actor: Dorance Cure Janna, Demandado: Empresa de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. Acucar S.A. C. P.: Darío Quiñones Pinilla, señaló: “En primer lugar, se recuerda que la enumeración de los derechos colectivos que se encuentra en los artículos 88 de la Constitución y 4.º de la Ley 472 de 1998, no es taxativa sino enunciativa”. Para definir cuáles son los derechos e intereses colectivos, y sin que sea una enumeración taxativa, el artículo 88 de la Constitución señaló que las acciones populares buscan la protección de los derechos relacionados, entre otros, con el ambiente sano, el espacio público y la salubridad pública. En ese mismo sentido, el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998 declaró derechos colectivos, entre otros, los siguientes: “a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; [...], c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución [...], g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; [...]”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, radicado AP-25000-23-27-000-2003-00720-02. Actor: Fundación un sueño por Colombia, Demandado: Nación, Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio: “El listado de derechos contenido en la ley que reguló las acciones populares, es enunciativo y no taxativo, según se infiere de la redacción del último inciso y del PAR de ese artículo, cuyo texto involucra en la categoría de colectivos aquéllos derechos definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias vigentes al momento de la expedición de esa ley o que se expidan con posterioridad y en los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia. La categoría de derechos colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular consagrada en el artículo 88 superior, no deviene de la naturaleza intrínseca del derecho, sino que, además, como lo exigió la norma constitucional, su definición como tal debe ser legal. Así, no todo derecho legal o constitucional es colectivo, el interés general no se confunde con el derecho colectivo. El juicio del actor sobre el interés que un derecho reviste para la colectividad, no es suficiente para reconocerle la categoría de colectivo, y el atributo consecuente de ser susceptible de protección a través de la acción popular; su protección tendrá otra vía procesal”.

Hasta aquí se han ilustrado las diferentes posiciones y argumentos en cuanto a las diferencias entre derechos colectivos y difusos; no obstante, para continuar el análisis propuesto se reitera que en Colombia no se distingue entre derechos e intereses colectivos o derechos e intereses difusos, ni aun entre los conceptos de derechos e intereses¹⁹³.

Retomando el siguiente punto de análisis propuesto, pero con la precisión de que existen los derechos colectivos¹⁹⁴, aparte de los cuestionamientos, son varias las definiciones

¹⁹³ Hay doctrinantes que establecen distinciones entre los términos “derechos” e “intereses”, en esta tesis no se ahonda en esa discusión, solamente interesa demostrar que en sus diferentes modalidades la categoría derechos colectivos no es adecuada para categorizar el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras y, siguiendo a Monroy y Pinzón (2012, p. 19), una eventual consecuencia de la diferencia recién apuntada respecto de las dos categorías de derechos, implica que los mecanismos de protección en uno y otro caso sean diferentes en nuestro país. Sin embargo, para ver las diferencias entre los dos términos cfr. M. Aguirrezabal (2006). “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33. 1, pp. 69-91. También hay autores que distinguen entre derechos colectivos e intereses difusos. Para ampliar este punto cfr. J. C. Guayacán (2013). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 55-112.

¹⁹⁴ Nicolás López Calera (2000, p. 33), uno de los doctrinantes abanderados de la existencia de los derechos colectivos, al menos en el derecho internacional y en los derechos internos de los Estados, explica que hay buenas razones para que la filosofía política y jurídica no se desentienda del estudio de los derechos colectivos. Por ejemplo: hay que hablar de derechos colectivos porque 1. Los derechos colectivos son un dato incuestionable de la realidad jurídica y política contemporánea y de las ciencias sociales; 2. El individualismo dominante de nuestro tiempo no es tan individualista como quisiera; 3. Los nacionalismos y el multiculturalismo son fenómenos que definen, aunque obviamente no de manera absoluta, los grandes caminos de la historia contemporánea, y son dos fenómenos que no pueden explicarse sin la afirmación preconstitutiva de que hay derechos colectivos; 4. Existe la socialidad del ser humano; 5. No se pueden defender de forma excluyente y radical los derechos individuales ya que dependen de alguna manera y medida de los derechos de los grupos, y 6. Ignorarlos es facilitar movimientos irracionales. García Inda (2002, p. 86) señala: “Como también se habrá podido advertir, el de derechos colectivos es un concepto difuso, apto para significar cosas muy diversas (y aun divergentes), y en el que confluyen múltiples matices. Se habla así de derechos de grupo, derechos sociales, derechos colectivos, etc., y en ocasiones incluso se intercambian los términos contribuyendo en gran medida a la confusión). De todas formas, que el derecho recurra a ese

planteadas y que son de interés para este trabajo porque ayudan a deducir aquellos aspectos que no permiten, desde la teoría de los derechos colectivos, una adecuada explicación del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

Sin embargo, antes de proceder a las definiciones es necesario precisar que en términos generales se identifican varias dimensiones básicas o posturas doctrinales frente al tema de los derechos colectivos¹⁹⁵, que para este trabajo se esquematizan de la siguiente manera:

lenguaje, o que formalmente reconozca y atribuya derechos a entidades o grupos sociales no quiere necesariamente decir que se trate de derechos colectivos en sentido estricto”.

¹⁹⁵ En la doctrina se encuentran otras posiciones desde las cuales se explican los derechos colectivos diferenciándolos esencialmente de los derechos individuales. Por ejemplo, García Amado (2001 pp. 181-182) señala: “Nuevamente podemos diferenciar dos tipos básicos de doctrinas al respecto. Las llamaremos doctrina individualista y doctrina colectivista. Para las doctrinas individualistas los grupos no son más que el puro agregado, la mera suma de sus miembros, de modo que el grupo como tal no cobra una entidad o sustancialidad independiente y superior a la entidad de sus miembros; es decir, sólo formalmente, nominalmente, el grupo existe como tal. Para las doctrinas colectivistas, en cambio, esos grupos titulares de derechos, o al menos algunos de ellos, son algo más que la mera suma o agregación de sus componentes, tienen realidad propia, prefiguración necesaria, existencia autónoma, algún género de "vida" que, aun cuando necesite, como condición de posibilidad, de las células o componentes que son los individuos, rebasa, en una unidad superior, la realidad de esos sus componentes”. En cuanto a las diferencias entre individualistas y colectivistas, el tratadista Kymlicka (2009, pp. 23-24), defensor de los derechos diferenciados en función del grupo, señala: “Por tanto, los individualistas rechazan la idea de que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos. Por el contrario, los colectivistas niegan que los intereses de una comunidad sean reducibles a los intereses de los miembros que la componen. Equiparan los derechos colectivos a los individuales, y los defienden de forma paralela. Las teorías sobre los derechos individuales empiezan por explicar qué es un individuo, qué intereses tiene éste, y entonces derivan un conjunto de derechos individuales que protegen estos intereses. De forma similar, los colectivistas empiezan por explicar qué es una comunidad, que intereses tiene, y entonces derivan un conjunto de derechos comunitarios que protegen estos intereses. Colectivistas e individualistas discrepan en la cuestión de si las comunidades pueden tener derechos o intereses independientemente de sus miembros individuales. Este debate sobre la primacía del individuo o de la comunidad es uno de los más antiguos y venerables de la filosofía política. Pero espero que haya quedado claro cuán inútil resulta a la hora de evaluar la mayoría de los derechos diferenciados en función del grupo en las democracias occidentales. La mayoría de tales derechos no tienen que ver con la

1. *Comunitaristas*. Una primera vertiente o posición, que puede denominarse comunitarista, defendida, entre otros, por Aly Stair Macyntire y Michael Sandel (Torbisco, 2001, p. 26), y desde la cual los derechos colectivos están relacionados con los grupos étnicos y asociados a ciertos derechos como el idioma, la identidad cultural, la autodeterminación, o “suelen atribuirse a las minorías” (Torbisco, 2001, p. 1) o a los denominados por Kymlicka (1996, p. 19) “derechos diferenciados en función del grupo”; aunque, se debe advertir como lo hizo Contreras (2001, p. 137) que tales derechos diferenciados en función del grupo no deben ser directamente identificados con los derechos colectivos.

Desde esa posición los derechos colectivos tienen varias denominaciones como “derechos de grupo, derechos de las comunidades e incluso derechos culturales” (Torbisco, p. 7), aunque para efectos de esta tesis se rotulan, por ejemplo, “los derechos de los grupos identificados por pertenecer a una etnia, por el uso común de una lengua, o en términos generales a una cultura; también a aquellos que comparten una misma confesión religiosa o a una determinada clase social” (Rodríguez Uribe, 2001, p. 292).

primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes”. Respecto de estas dos posiciones el profesor García Inda (2002, p. 87) también expresa: “La primera sería la perspectiva estrictamente individualista. Según ese punto de vista –defendido por Jan MacDonald, M. Hartney, J. Narveson, Miller y Y. Tamir– es perfectamente posible abordar normativamente todas esas demandas recurriendo únicamente al lenguaje de los derechos individuales. Es más: solo así debe hacerse. La segunda sería la perspectiva de carácter colectivista, o incluso corporativista, y podría estar representada por autores como V. van Dyke, M. MacDonald o D. Réaume, entre otros. Desde este punto de vista, las demandas articuladas en torno a la identidad cultural, o a los llamados derechos de tercera generación, son pretensiones de carácter colectivo que deben ser satisfechas atendiendo al contexto cultural, social y político en el que se plantean esas necesidades; esto es, a la comunidad, al grupo social, al pueblo, etcétera. Según esto, los derechos colectivos así reconocidos son derechos de naturaleza colectiva: no son derechos de los individuos, sino del grupo social que conforman esos individuos, y al cual pertenecen, por encima incluso de esos mismos individuos. Porque el grupo social no es la mera suma de los individuos que lo componen, sino algo más. Y a ese algo más es al que se refiere el derecho. Son, por lo tanto, derechos de titularidad colectiva, derechos de la colectividad, independientes (incluso puede que contrapuestos) a los derechos individuales de sus miembros”.

En esa visión de derechos colectivos los argumentos de Kymlicka (1996, p. 19) resultan relevantes para justificar un “estatus especial” para los derechos de las culturas minoritarias. El autor (1996, p. 20) distingue tres formas de derechos diferenciados de grupo (derechos de autogobierno, derechos especiales de representación y derechos políétnicos) que se suelen describir como derechos colectivos.

Además, establece una diferencia entre dos significados de derechos colectivos pues, según el tratadista canadiense (Kymlicka, 1996, p. 20), los derechos colectivos pueden referirse al derecho de un grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo o de la pureza cultural, que él denomina restricciones internas. Además, los derechos colectivos pueden aludir al derecho de un grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre él por la sociedad de la que forma parte, con el objeto de asegurar que los recursos y las instrucciones de que depende la minoría no sean vulnerables a las decisiones de las mayorías y es lo que denominó protecciones externas.

No obstante, se debe recordar, como se explicó en la parte preliminar respecto de las limitaciones de los argumentos de Kymlicka, que para el propósito de esta tesis, es decir, el análisis del derecho a la propiedad colectiva, no se plantea como una forma de limitación de la libertad al interior del grupo ni como una limitación del poder público; por el contrario, el derecho en estudio reivindica valores distintos a los defendidos por Kymlicka (1996) quien enlista en ellos la igualdad, la solidaridad, la libertad, etc.

Además, esta visión de Kymlicka (1996), estudiada por López Calera (2000), es fuertemente criticada en la doctrina por varios autores como Contreras (2001, p. 137), para quien los derechos diferenciados en función del grupo se cualifican no por la titularidad colectiva sino por la no universalidad, es decir, por el hecho de que son asignados en función de la específica pertenencia étnico cultural y no por la mera condición de ciudadano, lo que ha hecho, según Contreras (2001), que se confundan los derechos diferenciados en función del grupo con los derechos colectivos, y en ocasiones se suplante y enrarezca el debate al respecto.

No obstante, se debe señalar, como lo hace Cruz (1998, p. 108), que Kymlicka rechaza el lenguaje de los derechos colectivos y prefiere denominar a ciertos derechos de grupos, como los derechos de autogobierno, los poliétnicos y los especiales de representación, “derechos diferenciados en función del grupo”, por lo que, coincidiendo con Cruz (1998, p. 108), referirse a ellos como derechos colectivos genera muchas confusiones, debido a que dicha categoría es demasiado amplia y heterogénea, pues incluye los derechos de las corporaciones, los derechos a cuotas para ciertos grupos (*class-action suits*), los derechos de los ciudadanos a los bienes públicos, etc.

Desde esta filosofía comunitarista, señala Torbisco (2001, p. 25), se ha afirmado recurrentemente que la idea de derechos colectivos o derechos de las minorías encuentran aquí su fundamentación teórica.

De acuerdo con Torbisco (2001, p. 26), esa teoría es criticada por anteponer los intereses del grupo social o de la comunidad a los del individuo o a los de autonomía del ser humano. Además, dice el autor, la agenda comunitarista no incluye una teoría de los derechos colectivos en sentido estricto, y más bien en las teorías liberales de derechos se ha planteado como una dicotomía y como un enfoque opuesto al individualismo. En este punto se debe recordar que tanto lo individual como lo colectivo están presentes en el derecho en estudio.

2. *Derechos de tercera generación.* Una segunda posición asocia la definición de derechos colectivos e intereses difusos denominándolos derechos de tercera generación¹⁹⁶, a partir de

¹⁹⁶ Pérez-Luño (2006, pp. 28-33) señala que en materia de derechos humanos estamos ante una tercera generación, complementaria de las fases anteriores, donde se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada contaminación de las libertades. Hacen parte de esa generación los derechos a la paz, a la calidad de vida, a la libertad informática, a morir con dignidad, al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, los de los consumidores, los de la esfera de la biotecnología, los de los pueblos al desarrollo, los de las personas al cambio de sexo, o la reivindicación de los colectivos feministas del derecho a un aborto libre y gratuito. Ello evidencia, dice el autor, que el catálogo de los derechos de tercera generación está muy lejos de constituir un elenco cerrado, preciso y de contornos bien definidos, sino que se trata más bien de un

los cuales se defiende el valor de la solidaridad, y cuyos titulares son llamados “sujetos difusos”, porque “precisamente son estos los sujetos que están en el centro del debate en materia de derechos colectivos” (Sánchez, 2012, p. 178).

Tal como lo señala Rodríguez (2010, p. 3) al exponer que la solidaridad es absolutamente pertinente en nuestro tiempo, y muy relevante en cualquier reflexión normativa sobre los derechos colectivos, el valor de la solidaridad es un elemento importante a la hora de definirlos desde esa visión. Además, dice Guayacán (2013, p. 72), la doctrina de los derechos colectivos aparece enmarcada en lo que los teóricos del derecho constitucional ha llamado los derechos de tercera generación, para acercarnos al alcance preciso de la expresión. Un ejemplo de esos derechos está en la Ley 472 de 1998 y en el artículo 88 de la Constitución de 1991, tal como ha señalado el Consejo de Estado:

En efecto, son derechos colectivos, de conformidad con el artículo 88 de la Constitución Política de 1991 que estableció las acciones populares para su protección: el patrimonio, el espacio, la

marco de referencia, todavía *in feri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan los derechos y libertades de la persona. No obstante, en referencia a la nueva generación de derechos humanos, Rodríguez Palop (2010, p. 175) habla de derechos de cuarta generación como aquellos encaminados a la defensa y protección de intereses colectivos pero cuya titularidad se predica de sujetos individuales considerados en abstracto, como el derecho a la paz, al ambiente, o situados, como el derecho a la autodeterminación y desarrollo de los pueblos. Según la profesora Rodríguez-Palop (2010, p. 175) estos nuevos derechos se predicen del individuo aun cuando su ejercicio y puesta en práctica dependan de un esfuerzo común. Al comparar este enfoque con las características mixtas y las particularidades que tiene el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, tampoco encaja esa definición en esta nueva generación de derechos porque parten del mismo valor de la solidaridad pregonado por los autores que hablan de derechos de tercera generación; además son derechos que no pueden en forma absoluta predicarse solamente de un individuo y cuyo ejercicio no depende de esfuerzos comunes, sino de las formas de apropiación y de cada familia. Es más, frente a la definición construida de derechos de cuarta generación Rodríguez-Palop (2010, p. 176) sostiene que si se refieren a ellos como derechos colectivos se confunde su titularidad con las condiciones de su ejercicio.

seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan como tales por ley¹⁹⁷.

En esa vertiente se encuadran algunos conceptos de doctrina, como los de Murcia (2012, pp. 22, 25), quien explica cómo los derechos colectivos defienden lo que pertenece e interesa al grupo social en su conjunto. O las aclaraciones de Grijalva (2009, p. xv), según el cual los derechos colectivos son parte de los llamados derechos de tercera generación, cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación).

Esos derechos, dice Murcia (2012, pp. 22-24), hacen énfasis en la dimensión social del hombre, y también en su pertenencia a la comunidad y al Estado, es decir, su vida en relación con los demás, rescatando el reconocimiento del otro, pero no a título de individualidad física y psíquica como lo hacen los derechos fundamentales, sino como miembro de un grupo, como integrante de la sociedad civil de la cual hace parte; poseen la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la comunidad, pues responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas.

Además, dice Piscioti (2001, p. 68), los derechos colectivos buscan la defensa solidaria de la comunidad y su lucha política para que las actividades productivas tengan que desarrollarse dentro de ciertos cauces que minimicen los riesgos para bienes esenciales de la persona. Si analizamos la estructura de esos intereses observamos que en realidad se trata de decisiones ponderantes para equilibrar intereses contrapuestos, de manera que puedan crearse unas condiciones mínimas para que el sistema social funcione.

¹⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, radicado AP-25000-23-27-000-2003-00720-02. Actor: Fundación un sueño por Colombia, Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

De ahí que la existencia de los derechos colectivos dinamiza y potencializa la enseñanza de querer lo que pertenece a todos y que a la vez no pertenece exclusivamente a nadie (Murcia, 2012, p. 24).

Retomando a Piscioti (2001, p. 67), el contenido de los derechos colectivos obedece más a elementos extrajurídicos que jurídicos, por lo que, podría decirse, esos intereses deben estar más allá de la clasificación legal de la realidad circundante, pues atenerse a la calificación que exclusivamente señala la ley sería desconocer muchas otras situaciones de la vida diaria que repercuten en el ámbito no solo individual sino grupal. La denominación derechos de tercera generación es tan común que, dicen Monroy y Pinzón (2012, p. 17), en ocasiones los derechos colectivos también se denominan de tercera generación.

Respecto de esa denominación García Inda (2002, p. 34) señala que la nueva generación de derechos (tercera, según unos, o cuarta, según otros), de la que comenzó a hablarse a partir de los años setenta, incluiría reivindicaciones relacionadas con nuevas necesidades sociales, fruto del contexto propiciado por las nuevas tecnologías, el actual panorama internacional, la cuestión ecológica, etc. En ese sentido, se habla del derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, de los derechos informáticos, etc., por lo que quizá la denominación más característica de esa generación de derechos sea “derechos de solidaridad”.

Entonces, la coexistencia humana y la dignidad social son la razón social de ser de los derechos colectivos, pues tales garantías apuntan al aseguramiento de los bienes jurídicos y materiales necesarios para la convivencia humana (Murcia, 2012, pp. 23-24).

3. *Derechos colectivos fundamentales*. Por último, el concepto de derechos fundamentales colectivos es aplicado por la Corte Constitucional colombiana a los derechos fundamentales de los grupos étnicos como derechos diferentes a la visión tradicional de derechos fundamentales y de derechos colectivos constitucionales, tal como se evidencia para el caso

de las comunidades negras, entre otras¹⁹⁸, en la Sentencia T-680 de 2012, en donde la Corte señala:

Antes de proseguir, se debe insistir en que tales derechos fundamentales son esencialmente distintos a los que radican en cada uno de los miembros de tales comunidades individualmente considerados, y diferentes también de aquellos de los que son titulares las personas jurídicas (concepto dentro del cual no encuadran estos grupos) y de los derechos constitucionales colectivos. En tal medida, procede para su defensa el ejercicio de la acción de tutela, y por lo mismo, se descarta la necesidad de acudir al uso de la acción popular prevista en el artículo 88 superior, desarrollada por la Ley 472 de 1998. Así mismo, es necesario recordar que la determinación de estos derechos, así como la de cuál es su esencia y contenido, está fuertemente ligada a lo establecido en precitado Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Con anterioridad, como lo precisó en la Sentencia T-680 de 2012, la Corte ya se había referido a las diferencias entre los derechos de los grupos étnicos, y los derechos fundamentales y colectivos reconocidos a otros grupos humanos, como se señaló en la parte preliminar de este trabajo, pero a partir de situaciones fácticas relacionadas con grupos indígenas; verbigracia las Sentencias T-380 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y T-001 del 13 de enero de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, en la cual se señala: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”.

¹⁹⁹ En la Sentencia T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional revisó el “fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 28 de enero de 2008, confirmatorio del dictado por una Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 27 de noviembre de 2007, dentro de la acción de tutela iniciada mediante apoderado por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario –Caserío Orika y por los señores Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez contra la Nación– Ministerio de Agricultura – Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, que según afirman viene vulnerando derechos fundamentales de la organización y los ciudadanos accionantes. En lo referente a la organización

Sin embargo, hay autores como Escudero (2001) que precisan que los derechos colectivos han de caracterizarse por ser diferentes de aquellos derechos fundamentales de titularidad individual que en un determinado momento pueden llegar a poseer ciertos sujetos colectivos.

Siguiendo a Moncayo (2005, pp. 92, 96), en el lenguaje de los derechos colectivos se reconoce que las comunidades étnicas se puedan desarrollar plenamente como sujetos colectivos de derechos fundamentales por tener una procedencia histórica común y una identidad en sus condiciones sociales, políticas, culturales, religiosas y económicas; ese reconocimiento se hace con el fin de reclamar y proteger sus derechos.

Después de presentar estas tres posiciones, y con la finalidad de ilustrar e identificar más elementos que sirvan de argumento para evidenciar que la teoría de los derechos colectivos no explica el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, continuaremos con algunos conceptos, sin olvidar con las explicaciones de García Inda (2002 p. 18) que esta actividad se realiza como una aproximación, habida cuenta de las diferentes dimensiones de los derechos colectivos, y de que un estudio mucho más detenido exigiría profundizar en temas colaterales que aquí solo se sugieren.

Por ejemplo, uno de los principales defensores de la existencia de los derechos colectivos sostiene que “son derechos que corresponden a un titular que no es un individuo o una persona natural, sino una entidad compuesta sin duda de individuos e intereses individuales, pero con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que la integran” (López Calera, 2000, p. 51).

De igual manera, Jáuregui (2001, p. 56) explica que para hablar de derechos colectivos se necesita la existencia simultanea de dos condiciones: primero, que el titular del derecho sea un sujeto colectivo, es decir, grupos de individuos en los que los fines e intereses en juego

accionante se invocan de manera específica los derechos de petición, debido proceso, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural y a la autonomía de las comunidades culturales.”.

son ya algo más de los de cada individuo y donde una voluntad no vale por sí sola; y segundo, que el objeto del derecho sea un bien colectivo.

Retomando a López Calera (2000, pp. 51,104), los derechos en análisis son derechos cuyo titular no es un individuo, un sujeto individual o persona natural, sino un grupo o conjunto de individuos o una entidad, compuesta sin duda de individuos e intereses individuales, pero con personalidad propia, distinta y diferente de los sujetos individuales que la integran; implican obviamente, según López Calera (2000, p. 105), la existencia de sujetos colectivos.

Anzuátegui (2001, p. 9) señala que cuando hablamos de derechos colectivos estamos hablando, por una parte, de derechos que se predicán de grupos, y por otra, de determinados grupos de los que se predicán ciertos derechos.

Para la profesora Sánchez (2012, p. 189) los derechos colectivos responden a la necesidad de proveer nuevos mecanismos que garanticen la igualdad de aquellos individuos que, por pertenecer a determinados grupos, se encuentran en una situación de desventaja, cuando no de exclusión o marginación, y para ello no siempre resultan satisfactorios otros mecanismos de protección.

Otra definición de derechos colectivos la ofrece Mariño (2001, p. 77), quien explica que la noción de esos derechos no es unívoca, pues puede significar tanto derechos de los que son titulares grupos de individuos en cuanto tales, como derechos de los individuos ejercitados en sociedad. En todo caso, según el jurista, los derechos colectivos son derechos ejercitables en común solamente con los individuos que integran un grupo diferenciado dentro de la población del Estado.

Para Molina (2011, p. 57) esos derechos colectivos hoy forman parte de una nueva “política de la diferencia y de la pluralidad” ya que implican un importante cambio en las nociones de soberanía y de autodeterminación, a diferencia de las políticas integracionistas y homogenizadoras que pretendían generar una sola identidad nacional a costa de la eliminación de las diferencias socioculturales

J. Rivero, en cita de López Calera (2000, p. 105), explica que los derechos colectivos no pueden ejercitarse si varias personas no acuerdan utilizar, conjuntamente y en el mismo sentido, ese derecho, de donde se sigue, en palabras de Jáuregui (2001, p. 56), que no todos los derechos que superan los fines de cada individuo y que implican el protagonismo del grupo constituyen necesariamente un derecho colectivo, pues hay otro tipo de derechos que tienen que ver con la colectividad pero que no pueden ser considerados en *strictu sensu* derechos colectivos.

En “Los derechos colectivos y su defensa a través de las acciones populares y de grupo” (Delgado, Amaya y Orozco, s.f., p. 14) la Defensoría del Pueblo explica que aunque los derechos colectivos no tienen propósitos individuales, su pleno ejercicio beneficia necesariamente al individuo. La consignación de un derecho colectivo de progresivo desarrollo exige la satisfacción de una necesidad.

En relación con estos derechos Peces Barba Martínez (2001, p. 73) señala que los sujetos colectivos deben poseer la capacidad jurídica para obrar, y que, además, el derecho debe establecer el *estatus* de los sujetos colectivos y los procedimientos para su organización.

Para Rodríguez (2016, p. 2) un derecho colectivo es aquel del que participan dos o más personas al tiempo, con independencia, al menos *prima facie*, de su contenido en términos de interés protegido o de dominio y, por supuesto, de su valor moral; es decir, con independencia de su justificación racional o de su fundamentación moral; así, los derechos colectivos serían aquellos compartidos por dos o más personas, aceptados democráticamente, es decir, mayoritariamente. La mayoría decide qué pretensiones minoritarias son relevantes moralmente y, *a fortiori*, dignas de reconocimiento jurídico.

En la actualidad, sostiene Ahumada (2012, p. 1), los ordenamientos jurídicos otorgan gran relevancia a los derechos e intereses supraindividuales, a la defensa de lo colectivo y al interés difuso, categorías que cada vez más se introducen en la protección constitucional y legal. Estamos frente al auge de medidas de participación que han permitido a sujetos plurales e individuales invocar mecanismos para la protección de los derechos e intereses de la colectividad; es decir, se ha relegado el interés simplemente individualista propio del

liberalismo clásico y se ha tornado imperativo el reconocimiento de derechos en cabeza de grupos, organizaciones, comunidades y asociaciones como entidades autónomas.

De ahí que, siguiendo a Jáuregui (2001, p. 52), como antecedentes históricos del reconocimiento general de los derechos colectivos en el ámbito internacional solo puede hablarse a partir de la firma del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ya que solo en ese momento comenzó a consolidarse en el derecho internacional la aceptación, junto a los individuos, de los grupos y colectivos como sujetos de derecho. Así también lo describe el profesor Pazos (1995, 135), sumando a ese instrumento internacional el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

Para Pisciotti (2001, p. 67) los intereses colectivos expresan la exigencia comunitaria de protección frente a las complejidades, injusticias o desigualdades que generan los procesos de industrialización y tecnificación del sistema capitalista, cuyos efectos riesgosos no son individuales sino colectivos, tales como la contaminación, la destrucción del espacio público, la indefensión de los consumidores frente a los productos inescrupulosos, etc.

Desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuya visión se puede resumir en las citas de la Sentencia del 17 de mayo de 2007 donde el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa reitera sus explicaciones sobre el concepto y alcance de los derechos colectivos, se asume la segunda posición explicada en párrafos anteriores, es decir, derechos colectivos como derechos de tercera generación²⁰⁰.

Hasta aquí, esquematizando, se pueden identificar tres posiciones que “de algún modo, tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común” (Cruz, 1998, p. 100) se utilizan en relación con el concepto de derechos colectivos. Una primera visión relaciona el concepto de derechos colectivos con los derechos de todos en cuanto miembros de la sociedad, que

²⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente AP-76001-23-31-000-2003-01856-01, 10 de mayo de 2007, M. P.: Martha Sofía Sanz Tobón.

serían los llamados derechos de tercera generación desde la cual los bienes colectivos son bienes públicos²⁰¹.

Esta es la visión principal con la cual se ha acogido en la doctrina colombiana²⁰² el concepto de derechos colectivos, y que, como se verá, no aplica para hablar del derecho objeto de reflexión de esta tesis. Verbigracia:

En este libro, Libia Grueso Castelblanco nos mostrará cómo, en el ámbito tanto nacional como supranacional de lo jurídico, se ha tipificado hoy a los descendientes de esclavizados: como pueblo al cual se le reconocen derechos colectivos según el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 121 de 1991; como grupo étnico al cual se le reconocen derechos colectivos, sobre todo de tercera generación en lo concerniente a identidad cultural y territorios; como población vulnerable dotada

²⁰¹ Una visión de bienes públicos como bienes colectivos se puede ver en la obra de Josep Raz (*The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986), en la cual, según Cruz (1998, p. 106), Raz sostiene que no puede haber derechos individuales a bienes colectivos; si un derecho es la base para imponer deberes en los demás, entonces, no puede haber ningún interés individual que pueda justificar un bien colectivo. En el caso anterior, por ejemplo, el deseo de una persona de respirar aire limpio en una ciudad contaminada no es suficiente para justificar un derecho individual a vivir en una sociedad con aire limpio, ya que implicaría imponer deberes a otras personas, y el interés individual en este caso no tendrá el peso suficiente para ello. Réaume objeta la tesis de Raz y propone analizar el problema de los bienes públicos partiendo de la distinción entre producción y disfrute de un bien público. Si nos preguntamos si un individuo puede tener derecho a un bien colectivo la pregunta sería ambigua respecto a si tal individuo tiene derecho a disfrutar de los beneficios de dicho bien o si tiene derecho a que se produzca para él. Consideremos el caso del aire limpio: se trata de un bien público que no puede producirse individualmente, sin embargo, sí puede disfrutarse individualmente, por lo que es posible conceptualmente que los individuos tengan un derecho a disfrutar un bien público, en este caso a respirar aire limpio. Esta visión también se puede ver en D. Monroy y M. Pinzón (2012). “Análisis económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: el papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos”. En: *Revista de Derecho y Economía* n.º 36, pp 11-57, quienes señalan que “al respecto se argumenta que los derechos colectivos pueden ser asimilados consistentemente con el concepto económico de bienes públicos, supuesto a lo cual se asocia el desarrollo de un sistema de incentivos”.

²⁰² No obstante, recientemente en la Sentencia T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional señaló que los derechos colectivos de las comunidades negras son diferentes a los consagrados en la Ley 472 de 1998; sin embargo, no señaló qué los diferencia.

de derechos sociales, económicos y culturales; como población constitutiva de la diversidad étnica y cultural de la nación en situación de riesgo, como reza en los artículos 11, 13 y 17 de la Constitución, y, por último, como sujetos raizales, sobre todo en el caso las personas que habitan el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina” (Mosquera Rosero-Labbé, Barcelos y Arévalo Robles, 2007, p. 18).

Los de tercera generación son los derechos colectivos o derechos de los pueblos (Colombia 1991) y cobijan el desarrollo, la libre determinación de los pueblos, el medio ambiente, la paz, la identidad y el territorio. Tienen que ver con conceptos como “desarrollo” (ONU, 1986), “diferencia”, “derecho propio”, “etnodesarrollo” (Colombia 1991), “cultura”, “pueblos o comunidades tradicionales” (indígenas, negros, rom, raizales), “prácticas tradicionales”, “seguridad alimentaria”, “soberanía alimentaria”, “tierras”, “territorio”, “comunidad negra” (Colombia 1993) y “ocupación colectiva de tierras” (territorios colectivos)” (Grueso, 2007, p. 630).

Una segunda posición, desde la cual los derechos colectivos son derechos de minorías, de grupos o de colectivos, como los llama Carbonell (2000, p. 116). En ese enfoque todos los derechos de los grupos considerados minorías son colectivos porque son asignados a un grupo y, de acuerdo con Cruz (1998, p. 96), quien cita a Michael Hartney, normalmente quienes proponen los derechos colectivos o de minorías sostienen que las comunidades son buenas o valiosas y, por tanto, deben ser protegidas, para luego afirmar que tales comunidades tienen derechos.

Desde esa posición, que en esta tesis se denomina “comunitarista”, todos los derechos de las minorías son derechos colectivos, aunque “el elenco de derechos susceptibles de ser reclamados por las minorías no son tan solo derechos colectivos, sino también derechos individuales” (García Añón, 2001, p. 201).

A partir de las precisiones doctrinales anteriores, al comparar el derecho a la propiedad de las comunidades negras, con las explicaciones de la doctrina desde distintas vertientes sobre derechos colectivos y derechos individuales, encontramos varios puntos que merecen mayor atención; así, la primera inquietud, sería: ¿por el solo hecho de la definición jurisprudencial y doctrinal que le da la categoría de derecho colectivo necesariamente estamos en presencia de un derecho que, desde la filosofía y la teoría de los derechos, parece no encajar como derecho colectivo?

La respuesta convoca a la identificación de algunos elementos que también contribuirán a demostrar el argumento principal de esta tesis: el derecho a la propiedad es uno de esos derechos que en la actualidad no se puede categorizar fácilmente, es un derecho *sui géneris*, que para esta tesis se comprendería mejor si se “considera como *sui géneris* en vez de alguna otra idea recibida de antemano” (Beitz, 2012, p. 229). En otras palabras, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras no es en estricto sentido un derecho colectivo por varios elementos:

a. *El estatus legal del derecho a la propiedad.* En términos generales el derecho a la propiedad no se incluye en los arquetipos tradicionales descritos por Javier de Lucas (2001, p. 159) y asignados o reconocidos como derechos colectivos, pues nunca aparece señalado el derecho a la propiedad. Los que de manera regular enlista la doctrina²⁰³ son el derecho al desarrollo, a la cultura, a la autodeterminación, al lenguaje, a la paz, al espacio público, al ambiente sano, etc., bien sea desde la vertiente comunitarista o como derechos de tercera generación.

El artículo 88 de la Constitución de 1991, Ley 472 de 1998, uno de los principales instrumentos legales utilizados en el país para la regulación de los mecanismos jurídicos para la protección de los derechos colectivos, no relaciona el derecho a la propiedad como un derecho colectivo, mas sí otros como la seguridad y la salubridad públicas, los derechos de los consumidores y usuarios, la moralidad administrativa o el libre tránsito²⁰⁴. Aún más,

²⁰³ Ahora bien, el hecho de que no esté incluido en esta lista no quiere decir que allí estén todos los derechos colectivos. En efecto, señala Chaustre (2009, p. 55), no es lo mismo decir que solo son intereses colectivos los mencionados en la lista del artículo y decir que son derechos colectivos aquellos que tengan que ver con esa lista.

²⁰⁴ La Ley 472 de 1998 se encargó de establecer un “método bastante *sui géneris*, característicamente abierto, no taxativo, pero indudablemente indicativo de lo que quiere entender por derechos e intereses colectivos” (Santofimio, 2010, p. 30). Sobre este punto es necesario advertir con Murcia (2012, p. 30) que la lista de la Ley 472 de 1998 es enunciativa y no taxativa, y sin embargo es indispensable para que un derecho adquiriera la categoría de colectivo, el estar definido como tal en alguno de los precitados cuerpos normativos. Así, no todo

ni el mismo Convenio 169 de 1989, utilizado en Colombia tanto por el Estado como por las comunidades como el principal instrumento internacional para la defensa de los derechos de los grupos étnicos, relaciona el derecho a la propiedad como un derecho colectivo, sino que simplemente se limita a instar a los Estados a que garanticen y respeten los derechos relacionados con las tierras y los territorios de los grupos indígenas y tribales²⁰⁵.

Incluso en su versión clásica el derecho a la propiedad siempre es de titularidad individual, como lo describe, por ejemplo, Anzolar (1918, p. 256), al decir que la propiedad es un derecho personal, individual, lo que contrasta con lo que dicho por Escudero (2001, p. 168) en cuanto a que los derechos colectivos han de caracterizarse por ser diferentes de aquellos derechos fundamentales de titularidad individual que en determinado momento pueden llegar a poseer ciertos sujetos colectivos, ya que el solo hecho de ser un sujeto colectivo no

derecho que corresponda al interés general puede considerarse colectivo si no ha sido previamente catalogado como tal (califican como derechos colectivos aquellos que están definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias vigentes al momento de expedición de esa ley o que se expidan con posterioridad, y en los tratados de derecho internacional celebrados por nuestro país).

²⁰⁵ Convenio 169 de la OIT: [...] Artículo 13: 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Artículo 14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

significa que todos los derechos reconocidos a un grupo étnico sean derechos colectivos. Nótese que el derecho a la propiedad tiene esa condición.

Sobre el estatus legal de un derecho, Escudero señala (2001, p. 168) que hay razones para poner en duda que la figura de los derechos colectivos quede perfectamente delimitada con la simple afirmación de que se trata de derechos reconocidos a un sujeto colectivo.

No obstante, tanto la jurisprudencia como los estudios e instituciones de protección, control y vigilancia de los derechos de los colombianos insisten en darle un tratamiento de derecho colectivo; así se evidencia en uno de los informes de la Defensoría, en el que inclusive no se utiliza la expresión derecho a la propiedad sino derecho al territorio cuando se trata de comunidades indígenas, y derecho a la propiedad cuando se trata de comunidades negras, en una lista de los que consideran derechos colectivos de los grupos étnicos (s.f., p. 127), pues al lado de los derechos a la integridad física, a la existencia como pueblos, a la protección de sus recursos naturales y de sus riquezas culturales, aparece incluido el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

Al respecto, no se puede hacer un grupo de derechos y rotularlos bajo la misma categoría, pues los derechos de los grupos étnicos tienen tratamiento diferente, ya que no es lo mismo, por ejemplo, los derechos a la etnoeducación, a la autodeterminación, y a la identidad étnica que el derecho a la propiedad colectiva, pues los integrantes de esas comunidades pueden ser a la vez sujetos de derechos individuales y colectivos, y algunos de esos derechos son específicos para ellos y han sido establecidos para crear condiciones de igualdad frente al resto de la sociedad colombiana (Procomún, s.f., p. 2).

Nótese, con Blázquez (2004, p. 386), que los derechos colectivos son necesarios para una serie de cuestiones que los justifican, pero no es posible establecerlos como categoría básica del proceso de liberación de los indígenas o, como ha señalado más claramente el profesor De Lucas (2010, p. 162-163),

... no tiene sentido plantear en abstracto de forma absoluta la noción de derechos colectivos como la única cuestión, la única solución a los problemas que plantean los grupos que se encuentran en situación de inferioridad hablamos de herramientas orientadas a un objetivo preciso y, por ello, su

elección depende del tipo de grupo al que nos refiramos, de su contexto, de sus necesidades e intereses, es decir, de lo que se advierta como instrumento más adecuado para alcanzar la satisfacción de aquéllas y éstos, y no siempre ese instrumento son siempre los derechos colectivos.

b. *El sujeto titular del derecho.* Siguiendo con Escudero (2001, p. 169), el primer dato característico de los derechos colectivos consiste en entender que se trata de derechos cuyo titular solo puede ser un sujeto colectivo o, lo que es lo mismo, que su titular nunca puede ser un sujeto individual²⁰⁶. En el mismo sentido se expresó Torbisco (2001, p. 26) en cuanto a que un derecho es colectivo solo si su titularidad es colectiva, si se adscribe al grupo en su totalidad y no a cada uno de sus miembros individuales.

En tratándose de las comunidades negras el titular del derecho, al menos desde el punto de vista formal, no es una persona individualmente considerada sino el “consejo comunitario”, que, como ya se señaló, es un sujeto colectivo. Sin embargo, el titular del derecho también puede ser un individuo o una familia integrante del consejo comunitario, quien también tiene facultades para disponer del derecho a la propiedad; en otras palabras, la titularidad material la tiene un sujeto individual o una parte del grupo (una familia) con lo que se rompe con una de las características exigidas por muchos doctrinantes como Jáuregui (2001, p. 58) en cuanto a que el titular de los derechos colectivos debe ser un sujeto colectivo; verbigracia el artículo 5.º de la Ley 70 de 1993 y la explicación de Hoffmann (2007, p. 86):

²⁰⁶ Precisamente, explica Cruz (1998, pp. 101, 102), para los teóricos liberales el único titular de derechos es el individuo y, por tanto, todo tipo de derechos es individual. Pero la ficción que se hace, esto es, tratar a estos grupos o colectivos, como si fueran una persona o un individuo tiene algunos inconvenientes. La analogía entre las colectividades y los individuos no parece poder explicar algunos de los puntos que pretende resolver; no es tan fácil comprender qué significa que una comunidad indígena se convierta en propietaria de un bien: ¿qué actos, y de qué personas, son los que deben ser respetados? Si la respuesta es que la de los miembros de la comunidad (o los socios), no es satisfactoria, pues estos no son los propietarios. Ni siquiera los actos de los representantes de una comunidad se pueden comparar del todo con los actos de una persona que representa a otro individuo.

Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional (Ley 70 de 1993). Momentáneamente se pueden delimitar dos formas elementales de apropiación del espacio: Por un lado la apropiación individual, muy respetada por terceros, de las parcelas de trabajo finca o colino y del lote forestal correspondiente (o respaldo) que se aparta para garantizar la rotación de cultivos de terrenos roturados y la herencia a los descendientes en las tierras ribereñas [...] Por el otro las tierras aún o apropiadas individualmente en las que todo hijo de vecino, puede cazar, juntar leña, recolectar plantas y llegado el caso abrir una parcela (Hoffmann, 2007, p. 86-87).

En el Pacífico la apropiación individual de ciertas tierras, los colinos o parcelas de producción en general situados sobre las vegas de los ríos se combina con el uso colectivo de ciertos espacios, los montes o centros selváticos poco o nada aptos para la agricultura según modalidades que dependen de la naturaleza misma de los terrenos (Hoffmann, 2007, p. 42).

Según Monroy y Pinzón (2012, p. 19), si los derechos colectivos se miran como derechos de tercera generación hay una indeterminación de sus titulares, lo que no sucede con las comunidades negras, donde el título es otorgado a un conjunto de familias que previamente son identificadas como uno de los requisitos del procedimiento para la adjudicación del respectivo título; así se puede ver en el artículo 9.º de la Ley 70 de 1993, donde se exige que en la solicitud de presentación del título se detallen, entre otros, los antecedentes etnohistóricos y las prácticas tradicionales de producción.

Hay una verdadera “individualización” (Monroy y Pinzón, 2012, p. 19) del derecho cuando un miembro del consejo puede realizar actos específicos de disposición, pues no se trata simplemente de decir que se han identificado “individuos específicos o que se han acumulado situaciones individuales similares o intereses propios de los individuos” (Monroy y Pinzón, 2012, p. 20) que hacen parte del grupo.

Para el derecho en referencia, el sujeto titular cobra vital importancia porque define no solo “cuestiones analíticas y conceptuales” (Alexy citado por Cruz, 1998, p. 97), sino también aspectos de representatividad y ejercicio de facultades, ya que la titularidad del derecho a la propiedad colectiva, como se irá profundizando, puede ser tanto de una familia como de

todo el colectivo, denominado en la legislación especial “consejo comunitario de comunidades negras”.

Aún más, el legislador no especificó ni en el artículo 55 transitorio ni en la Ley 70 de 1993 si el derecho a la propiedad colectiva es efectivamente colectivo o no, simplemente lo reconoció como derecho. En este punto se debe recordar lo que se escribió en páginas anteriores: la enunciación de los derechos colectivos no es “taxativa” pero requiere definición legal, así lo ha señalado el Consejo de Estado en las decisiones que ya se han citado al inicio de esta sección.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo a Escudero (2001), parece que hay razones para poner en duda que la figura de los derechos colectivos quede perfectamente delimitada con la simple afirmación de que se trata de derechos reconocidos a un sujeto colectivo. Aún más, Escudero (2001) señala que una conclusión sería que la categoría de los derechos colectivos no puede ser explicada y justificada sobre la única base de la necesaria presencia de un sujeto colectivo, bien sea desde la vertiente comunitarista o como derecho de tercera generación.

Aquí, el derecho en estudio se enfrenta a lo que López Calera (2001, p. 43) destacó como uno de los grandes problemas de los derechos colectivos: la “fundamentación de la entidad de los sujetos colectivos” en la que se cuestiona a qué clase de sujetos se les llama colectivos, cuando su sustancia no es sino una trama de relaciones jurídicas entre individuos con una estructura organizativa.

Aunque al referirse a las comunidades indígenas Moncayo (2005, p. 120) precisa que, no obstante, que la Constitución y las leyes vigentes en Colombia regulan el territorio y en general el hábitat de los pueblos indígenas, reconocen la fundamentalidad de estos elementos para la supervivencia de esos pueblos dentro de una cultura occidental mayoritaria y preponderante. Sin embargo, tal reconocimiento no llega a establecer que sean sujetos colectivos de derechos.

c. *La voluntad o el interés*. La noción de derechos colectivos exige que “una voluntad por sí sola no valga la pena”, sin embargo, en el ejercicio del derecho a la propiedad la voluntad o el interés de un individuo o familia puede tener validez por sí sola. Además, no en todos los casos coinciden sujeto colectivo con interés colectivo, ya que cada miembro o integrante de la comunidad negra puede disponer jurídica y materialmente del derecho a la propiedad, puede venderlo con ciertas limitaciones, arrendarlo para minería u otro tipo de aprovechamiento, lo que en muchos casos no puede coincidir con el interés colectivo de la comunidad, no solo por los acuerdos incluidos en sus reglamentos internos sino por mandato legal (art. 7.º Ley 70 de 1993) de conservar y garantizar el uso sostenible del territorio y sus recursos naturales. A manera de ilustración la explicación de la antropóloga Martínez (2010, p. 19)

La compraventa de lotes a parientes ausentes es frecuente y tiene como finalidad ampliar la propiedad del tronco familiar. También se adquieren propiedades en comunidades distintas, siempre y cuando el comprador tenga familiares en ellas, ya que la ampliación, compraventa y arrendamiento de tierras entre las comunidades negras, están mediadas por el grado de parentesco entre las personas involucradas en la transacción, lo que permite reproducir el sistema de propiedad familiar sobre la tierra, evitando posibles conflictos en torno a la posesión sobre la misma.

El arrendamiento es otro de los mecanismos a través del cual, personas de otra comunidad pueden acceder a trabajar un lote, siendo más frecuente el alquiler para cultivos transitorios, con el fin de evitar problemas alrededor de la apropiación de terrenos mejorados con cultivos permanentes. En tales arreglos se manejan precios simbólicos, que no reflejan el valor real de la transacción. Para el alquiler de tierras en particular, se emplean modalidades como el “pago en especie” en proporción al producto obtenido. También es frecuente la cesión o préstamo de tierras por parte de los parientes ausentes.

También es conveniente señalar que en el derecho colectivo se pueden distinguir dos conceptos: el interés de la comunidad y el interés particular; sin embargo, ninguno de ellos corresponde al concepto de interés general protegido en Colombia por los mecanismos regulados por la Ley 472 de 1998 en defensa de los derechos difusos que hacen parte de los derechos supraindividuales en “cabeza de la generalidad de toda la población o humanidad” (Chaustre, 2009, p. 55), y que Watanabe (2004, pp. 3 y 7) clasifica como esencialmente

colectivos de naturaleza indivisible y que no permiten determinar los titulares del derecho porque no existe una relación jurídica de base.

En el mismo sentido Grijalva (2009, p. xvi), para quien los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo, y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo.

Precisamente, respecto de los valores e intereses que se protegen para los derechos colectivos reconocidos por la Ley 472 de 1998, dice Santofimio (2010, p. 30) que son “inherentes a la finalidad pública o colectiva”, ya que están ligados al “concepto de lo público” (Santofimio, 2010, p. 29), lo que nos lleva, desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlos como propios de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna, por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose así por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto, objeto de protección por vía de acción a iniciativa de cualquiera de sus múltiples titulares de manera directa y objetiva, pretendiendo siempre garantizar su disfrute por igual frente a contingencias que los pongan en peligro, que los hagan inviables o los afecten en sus propósitos fundamentales.

En el caso de las comunidades negras, existe como entidad independiente lo que García Amado (2001, p. 107) denomina “realidad ontológica supraindividual”, pero también existen el individuo y la familia como entes independientes, y coexisten los elementos tanto de doctrinas individualistas como colectivistas²⁰⁷, por lo que sería estéril abrir una

²⁰⁷ Al respecto explica Juan Antonio García Amado (2001, p. 107) que, de un lado, para la doctrina individualista los grupos no son más que el puro agregado, la mera suma de sus miembros, de modo que el grupo como tal no cobra una entidad o sustancialidad independiente y superior a la entidad de sus miembros; es decir, solo formalmente, nominalmente, el grupo existe como tal; en cambio, para las doctrinas colectivistas esos grupos titulares de derechos, o al menos algunos de ellos, son algo más que la mera suma o agregación de sus componentes, tienen realidad propia, profiguración necesaria, existencia autónoma, algún género de “vida”, que aun cuando necesite como condición de posibilidad, de las células o componentes que son los individuos, rebasa, en una unidad superior, la realidad de esos sus componentes.

discusión sobre si el derecho en estudio puede acoger totalmente algunas de esas teorías, ya que lo hasta aquí presentado muestra que el derecho tiene tanto del uno como del otro lado conceptual.

Tanto el interés del grupo, que puede verse representado en las decisiones adoptadas a través de la junta y la asamblea general, que son los dos principales órganos que integran un consejo comunitario de comunidades negras, como el interés de cada miembro tienen relevancia en este tipo de derecho, tal como se ilustró en la primera parte de este texto.

Además, en el ejercicio del derecho colectivo existen intereses individuales, los cuales, de acuerdo con Monroy y Pinzón (2012, p. 20), tienen prevalencia y son excluidos en los derechos colectivos; situación que pone en tensión el concepto de derechos colectivos y el ejercicio del derecho a la propiedad cuando se trata de comunidades negras. Ya se ha ilustrado en este capítulo que en ocasiones en los consejos comunitarios puede prevalecer el interés del individuo o la familia a la cual se la ha asignado en usufructo una parte del territorio amparado en el título colectivo, por ejemplo, decidiendo la venta, o cediendo o arrendando el usufructo otorgado (sobre esas facultades volveremos en los capítulos segundo y tercero).

Utilizando las palabras de García Amado (2001, p. 113), cada individuo integrante de la comunidad negra tiene sus “propios intereses, propósitos, aspiraciones metas y deseos”, al punto que puede disponer con actos como la venta o la cesión de usufructo, según lo prescrito en los artículos 7.º de la Ley 70 de 1993^[208] y 6.º del Decreto 1745 de 1995^[209]

²⁰⁸ “Artículo 7.º Ley 70 de 1993. En cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable. Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas”.

²⁰⁹ “Artículo 6.º del Decreto 1745 de 1995. *Funciones de la Asamblea General*. [...] 4. Aprobar el reglamento de usos y trasposos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las

que ha sido asignado por la Junta del Consejo de acuerdo con la aprobación de la Asamblea General del Consejo; y no se trata de que un interés valga más que otro, sino que ambos intereses coexisten y los dos tienen poder legítimo.

d. *El bien*. Cuando se trata de derechos colectivos se exige que el bien sea colectivo, que pertenezca al grupo y que las decisiones sean tomadas colectivamente. Aunque en principio esto es lo que sucedería al interior de un consejo comunitario como entidad encargada de la administración interna del territorio colectivo asignado, en el caso en estudio el bien, desde la formalidad legal, es colectivo, pero en el ejercicio material puede ser individual; es más, las decisiones son individuales o de una parte del grupo y no de la totalidad, tal como se señaló al hablar de los sujetos titulares del derecho. Siguiendo a Cruz (1998, p. 103), aquí lo importante es la naturaleza del objeto del derecho y no tanto su titular.

Nótese con Baubock (2009, p. 38) que decir que una colectividad posee un derecho equivale a decir que los individuos poseen un derecho colectivamente y no pueden poseerlo por separado; situación que se presenta en relación con el derecho a la propiedad colectiva, donde cada familia o individuo integrante de una comunidad negra tiene lo que la legislación ha denominado “derecho de usufructo”.

El bien es colectivo mas no público²¹⁰, tiene exclusividad (cada familia o individuo según la tradición tiene propiedad sobre el terreno tradicionalmente ocupado), y además existe

condiciones previstas en el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad y la Junta del Consejo Comunitario es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad que ha conformado un Consejo Comunitario para ejercer las funciones que le atribuye la Ley 70 de 1993, sus decretos reglamentarios y las demás que le asigne el sistema de derecho propio de la comunidad. Sus integrantes son miembros del Consejo Comunitario, elegidos y reconocidos por éste”.

²¹⁰ Ejemplos de bienes públicos pueden ser la seguridad pública o la seguridad nacional, una economía próspera, un medio ambiente sano, una cultura “desarrollada”, la salud, la educación, la preservación de edificios antiguos. Un bien público o colectivo puede tener las características de no-exclusividad y no-rivalidad por razones distintas: la primera, porque conceptualmente el bien posee tales características, por ejemplo, una economía próspera es conceptualmente un bien; la segunda, porque de hecho tales bienes tienen

rivalidad en cuanto a que cada quien protege lo que es de su propiedad y/o ha pertenecido a su familia.

Para Alexy (1994, pp. 186-7) los bienes colectivos tienen una estructura no distributiva y tal característica aparece cuando conceptual, fáctica o jurídicamente es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos.

Según el reconocido tratadista de derechos fundamentales, son ejemplos de los bienes colectivos la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía, la integridad del medio ambiente y un alto nivel cultural. Sin embargo, se debe señalar que la visión de Alexy (1994) parte de un enfoque de bienes colectivos como bienes usados por toda la sociedad²¹¹.

Por su parte García Añón (2001, p. 205) señala que tendríamos que denominar derechos colectivos estrictamente aquellos en los que el bien, el titular y el ejercicio son de carácter colectivo, pero el problema es que normalmente se extienden a otras categorías relacionadas con bienes colectivos, pero de titularidad o ejercicio individual.

De tal manera que, por sus características y elementos mixtos, ya enunciados en la parte preliminar de este documento, el derecho a la propiedad de las comunidades negras no está comprendido totalmente en la categoría jurídica de derecho colectivo ni de derecho individual, es un derecho con particularidades en su consagración legal y en su ejercicio, lo que genera dificultades teóricas y prácticas frente al derecho reconocido a estas comunidades.

esas características en un momento determinado, por ejemplo, el aire limpio (donde lo haya en abundancia), aunque se quisiera, no se podría proveer a un solo individuo excluyendo al resto, y el que alguien respire más, no restringe el consumo de los otros (Cruz, 1998, p. 104).

²¹¹ Para Alexy (1994, p. 191) es conceptualmente posible concebir algunos derechos individuales exclusivamente como medios para bienes colectivos como sucede con el derecho de propiedad, ya que, puede ser que exclusivamente el derecho de propiedad sea un medio para la creación y promoción de la eficacia económica, es decir, tiene un carácter meramente instrumental.

Desde el punto de vista teórico, porque no se puede ubicar de forma excluyente el derecho en una u otra categoría tradicional; y desde la práctica porque en muchas ocasiones la voluntad individual puede no concurrir con la voluntad colectiva y más en un grupo étnico donde la estructura organizacional (la figura de los consejos comunitarios²¹²) es el resultado más de un proceso de imposición legal que del consenso histórico y social de esas comunidades. Ahora bien, lo que enfrenta el grupo étnico en relación con el derecho a la propiedad es un proceso de aceptación de una figura y una estructura jurídica que originariamente no estaba en su organización como colectividad, a pesar de la clara existencia de rasgos unificados de identidad, porque el concepto de apropiación individual siempre ha estado presente en la historia de esas comunidades al lado de espacios de uso colectivo.

Por el solo hecho de ser un grupo no se puede decir que todos los derechos de las comunidades negras deben tener un tratamiento colectivo. Por sus particularidades no se les puede atribuir la calidad de colectivos de manera homogénea a todos los derechos que se les han reconocido porque, como bien lo narra Cruz (1998) con la cita de Hartney, “cualquier derecho que posea una corporación, una comunidad india no es un derecho colectivo”, y aunque el de las comunidades negras no es netamente un derecho individual, el autor en cita dice que el derecho de propiedad sí lo es.

Bien dice Cruz (1998, p. 110) que cuando se reclama un derecho cultural de ese tipo se crea la falsa idea de que todos son, o pretenden ser, derechos colectivos y se originan discusiones estériles al respecto; algunos derechos culturales pueden ser ejercidos por los individuos y otros por la comunidad.

²¹² Por ejemplo Odile Hoffmann (2007, pp. 42-43) dice que los consejos comunitarios aparecen como una instancia ancestral cuando ni estos ni el territorio colectivo son unánime y sistemáticamente aceptados en el Pacífico. Sin embargo, se debe reconocer que desde la expedición de la ley hasta la fecha se ha realizado algo que podría llamarse un proceso de adaptación y aceptación de estas nuevas instancias.

El derecho a la propiedad bajo las condiciones en estudio tiene una finalidad más amplia de la pregonada por los derechos colectivos. De acuerdo con la explicación de Rivera (2007, p. 172) la finalidad de los derechos colectivos se concentra en el aseguramiento de beneficios que solo pueden ser disfrutados de manera colectiva. Es decir, los beneficios derivados del ejercicio del derecho en la propiedad de las comunidades negras también pueden ser disfrutados de manera individual o familiar; por ejemplo, si una familia o un individuo da en arrendamiento la parte del territorio asignada en usufructo, ¿quién recibe el pago?, pues lo recibe la familia o individuo que vende, cede o arrienda; o, por ejemplo, en los casos de sucesión o venta del usufructo.

Lo anterior demuestra que el bien, que en este caso sería el territorio, es divisible, contrario a lo que sucede con los derechos colectivos, en los cuales, siguiendo a Rivera (2007, p. 174), el beneficio solo se disfruta de manera colectiva, porque el bien es indivisible, aquí el bien se distribuye.

De acuerdo con la ley, el carácter colectivo del derecho a la propiedad de las comunidades negras está determinado más por la naturaleza del sujeto titular del derecho que por el contenido mismo del derecho, ya que en el marco de un ordenamiento jurídico construido sobre las bases del liberalismo, y consecuentemente del individualismo, al derecho a la propiedad le subyace la individualidad en su ejercicio, y más frente a un grupo constituido como producto de un legado histórico que contribuyó a mantener la individualidad, y en el cual el concepto de lo “propio” y lo “mío” se mantuvo para ciertos espacios.

En ese orden de ideas, y acogiendo los planteamientos de Mariño (2005, p. 68), debe existir una distinción entre algunas categorías de derechos colectivos, ya que puede haber derechos colectivos pertenecientes a una suma de individualidades, como en el caso de los derechos difusos o colectivos que se dinamizan con las acciones populares y que serían distintos al derecho a la propiedad en estudio, como los derechos al ambiente y a la salubridad entre otros, y los derechos que Rodrigo Uprimny, en cita de Mariño (2005, p. 69), ha denominado derechos especiales de grupo, que serían aquellos en los cuales los titulares son un sujeto colectivo y se pueden defender por tutela.

Aunque Mariño (2005, p. 69) señala que la categoría de derechos colectivos es amplia y abarca, entre otros, los derechos ambientales, los derechos de los consumidores o al espacio público, el derecho de las comunidades negras no se comprende ni encuentra su fundamento y contenido en la teoría de los derechos colectivos como categoría de derechos; se insiste en que se trata de un derecho distinto y no puede encuadrarse totalmente bajo los denominados derechos de grupo, derechos de tercera generación, derechos diferenciados en función del grupo, por las particularidades de su ejercicio, y por los valores y atributos en que se sustentan y que son distintos; este aspecto será retomado en el capítulo siguiente.

Parece que con el derecho a la propiedad colectiva sucede lo que Cruz (1998, p. 110) explica:

Pero el problema de la terminología de los derechos colectivos no queda resuelto dejándolo de lado. Como se vio antes, el problema no consiste sólo en entender qué es una comunidad o un grupo y si debiesen tener derechos, sino que entraña otro tipo de problemas conceptuales con respecto a los bienes colectivos y problemas de técnica jurídica que se presentan cuando se habla de personas colectivas y se pretende proteger ciertos bienes colectivos que sólo podrían quedar protegidos por derechos colectivos, ya que por poseer ciertas características estructurales no podría justificarse (o sería funcionalmente inoperante) que se protegieran a través de derechos individuales.

En la reglamentación del derecho no se presentan de manera concurrente los requisitos o elementos para que sea un derecho colectivo, o no concurren de manera obligatoria, y sea cual sea la vertiente desde donde se asuma el concepto de derechos colectivos “sólo puede hablarse de derechos colectivos cuando se da la existencia simultánea de ambas condiciones” (Jáuregui, 2001, p. 56). Puede haber titularidad formal del derecho por las comunidades negras, pero su ejercicio material no se hace por consenso sino por decisión, tradición y costumbre familiar. De esa manera, no todos los derechos de las comunidades negras pueden ser tratados como derechos colectivos. Al respecto señala el mismo Jáuregui (2001, p. 56) que hay derechos que tienen que ver con la colectividad, pero que no pueden ser considerados derechos colectivos en *stricto sensu*.

En cuanto a su carácter de derecho individual, el hecho de desvirtuar que no sea colectivo no implica que regrese a la individualidad. Siguiendo a Piscioti (2001, p. 23), los derechos

individuales se refieren a la persona de manera inherente e indisoluble, cuyo ejercicio solo puede ser realizado por el individuo como un acto que se desprende de su fuero interno y cuyas consecuencias son predicables de la persona que lo ejecutó; además de que, según Pérez Luño (1995, p. 34), esa categoría ha sido progresivamente abandonada en la doctrina, y de que en la legislación tampoco podría ubicarse conceptualmente el derecho en estudio en esa clasificación.

Así pues, el derecho en análisis no tiene el carácter de derecho subjetivo²¹³ por no ser totalmente individual; además, de acuerdo con Balestrini (1997, p. 243), una de las características esenciales del derecho de propiedad es el ser individual; exigencia que tampoco se cumple frente al derecho en estudio, porque el título se adjudica generalmente a familias que integran un consejo comunitario²¹⁴.

La propuesta que se deja como punto de reflexión en esta tesis, como lo propone Blázquez (2004, p. 389), es que en algunos casos resulta necesario hablar de derechos colectivos, pero en otros no. Esa distinción se basa en los mismos derechos, debido a que “es evidente que no todos los derechos relacionados con los grupos o colectividades pertenecen a una categoría univoca y son susceptibles por ello de un tratamiento jurídico similar” (Jáuregui, 2001, p. 54).

²¹³ En relación con la propiedad colectiva, Adrogué (1991, p. 51) concibe el derecho subjetivo patrimonial como una particular situación jurídica de ventaja, de estructura compleja, regulada de modo directo y especial por la norma, que ampara a un sujeto respecto de determinados bienes, para la realización sustancial o final de intereses merecedores de tutela conforme el ordenamiento jurídico.

²¹⁴ Esta consideración se puede evidenciar en los artículos 1.º y 2.º de la Ley 70 de 1993, o en los reglamentos internos de los consejos comunitarios. A manera de ejemplo, el artículo 4.º del Reglamento del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA), establece: “La junta directiva del Consejo Comunitario General, deberá entregar en usufructo por familias las tierras que han venido ocupando y administrando de generación en generación (hoy sujeta al título colectivo Resolución n.º 011152 del 23 de mayo de 2001)”.

De esa manera, a continuación se discute si el derecho a la propiedad colectiva, planteado en esta tesis como un *derecho sui géneris*, es un derecho real, categoría que en términos generales se utiliza frente a cualquier referencia que se haga del derecho de propiedad.

1.4. Un derecho que no es real

*Y las cosas habían revelado que eran estructuras no genéricas sino específicas
con órdenes específicos y diversificados que requieren diversas
y particulares construcciones jurídicas*

Paolo Grossi

Al hablar de propiedad, indiscutiblemente se piensa en bienes y en cosas, dos términos propios de la definición de derechos reales, ya que “la propiedad es el derecho real²¹⁵ por excelencia, el más completo que se puede tener sobre un objeto; los otros derechos reales se deducen de él y son, por tanto, sus desmembraciones” (Velásquez, 2010, p. 199).

Tradicionalmente expone Musto (s.f., p. 24) se ha concebido el derecho real como aquel que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de modo que el sujeto puede obtener provecho del objeto sin intervención de otra persona.

En esa definición, que se debe señalar ha sido modulada también por el derecho constitucional, es necesario incluir no solo los postulados del multiculturalismo según los cuales, siguiendo a Banting y Kymlicka (2007, p. 24), el contexto de la diversidad etnocultural es importante, sino también, para este caso, los de la interculturalidad, lo cual hace que el derecho reconocido a las comunidades negras vaya más allá de una simple relación con una cosa o una relación entre intermediarios, pues hay otros miembros de la comunidad que también son titulares del derecho. Por ejemplo, como a las comunidades se les reconoce no solo la propiedad sobre el territorio que habían ocupado, sino que además se les reconocen y valoran sus prácticas culturales y su identidad, la relación más que con

²¹⁵ Para ampliar definiciones de derechos reales cfr. Areán (2003), Alessandri, Somarriva y Vonadovich (1993), Lafaille (1943), y E. Gatti (1984).

una cosa se da con el territorio del cual depende la existencia de esas comunidades como grupo, de acuerdo con el ejemplo señalado en párrafos anteriores²¹⁶.

Continuando con la oferta de la doctrina, en relación con el concepto de derecho real, se debe señalar que hay riqueza doctrinal en esos aspectos. En casi todos los textos de derecho civil la definición varía de acuerdo con la escuela desde donde se tome el concepto, sin embargo, todas ellas se pueden agrupar en dos posiciones principales:

1. Las teorías que definen y defienden la existencia de derecho real²¹⁷ (porque existen derechos personales y son separados de los derechos reales) y que lo asimilan a una relación directa con una cosa.

Para Gatti, por ejemplo, los derechos reales y los derechos personales son dos categorías de pensamiento jurídico que no podrían faltar en derecho alguno y en cualquiera de sus épocas (1984, p. 21). Esta primera posición es la de la escuela clásica, que distingue entre derechos reales y personales.

2. Las posiciones que consideran que no debe existir una diferencia de clasificación o dualidad entre derechos reales y derechos personales, que para Gatti (1984, p. 33) son las llamadas escuelas no clásicas. Uno de los principales exponentes de esa posición es Planiol,

²¹⁶ Asociación Consejo Comunitario General Los Riscals (2005, p. 41): “La pérdida de nuestros territorios conllevaría a la pérdida de la identidad cultural; es por esto que las comunidades negras vemos en la titulación colectiva una estrategia de defensa de nuestros territorios. Perder el territorio y la autonomía del mismo es una forma de morir espiritual, física y culturalmente, muchos de nuestros símbolos se perderían, se debilitaría nuestra estructura familiar junto con nuestra la libertad”.

²¹⁷ El concepto de derecho real no fue estrictamente de los romanos, sino que es creación de los glosadores y postglosadores, quienes, según Gatti (1984, p. 29), distinguieron los derechos de acuerdo con las acciones que eran los medios procesales para tutelar los derechos. La misma consideración la plantea Areán (2003, p. 37) quien explica que las expresiones “*ius in re*” e “*ius in personam*” no aparecen en los textos romanos, encontrándose su origen en el *Brachilous iuris civilis* o *Corpus legum*, redactado entre los siglos X y XII.

quien desde 1897 expuso en su cátedra que “no existen diferencias sustanciales entre los derechos reales y los personales”. Según Areán (2003, p. 39) para Planiol “todo derecho importa una relación entre personas”. En esas teorías se ubican la unitaria personalista, la unitaria realista, la personalista y la institucional.

3. La teoría ecléctica, que intenta explicar que existe una confusión conceptual en la primera y segunda teoría, y busca una posición armónica.

Otra muestra de la distancia entre el derecho real y la propiedad ejercida por las comunidades negras se denota frente al usufructo reglamentado por la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 que, como se profundizará más adelante, resulta ser totalmente distinto al usufructo que se desmembra de la nuda propiedad como facultad derivada del dominio, ya que, en tratándose de comunidades negras, tal desmembración no se da por cuanto todos los integrantes del consejo comunitario son titulares del derecho reconocido y no se puede separar el individuo, al menos, desde la titularidad formal.

Con las palabras de Valiente (1958, p. 2), y en una opinión generalizada, el derecho a la propiedad o dominio es un derecho por “excelencia”, y por “autonomasia” (Lasarte, 2005, pp. 3, 4) “importante” (Terré y Simler, 2010, p. 91), real²¹⁸, central y básico.

²¹⁸ Según Lafaille (1943, p. 14), para referirse a este derecho algunos doctrinantes utilizaban la expresión “derecho de las cosas”, término que aparece en ciertos códigos contemporáneos. Continuando con Lafaille (1943, p. 15), el origen de los derechos reales no está, como algunos creen, en los jurisconsultos romanos, pues ellos no se ocuparon de formular una definición de los derechos reales, ni los distinguieron científicamente de los creditorios. Los textos separan tan solo las acciones *in rem* de las *in personam*; lo que había era una división de las acciones, y según los hermanos Mazeud (1958, p. 257), Gayo, jurisconsulto romano del siglo II, señalaba que existía en el procedimiento romano más antiguo, el denominado de las acciones de ley. Es probable, explican, que pese a todo esa distinción procesal no tuviera en sus orígenes la importancia que adquirió más adelante, y que los antiguos derechos germánicos ignoraban la distinción entre derechos reales y personales (que, por demás, para Planiol no existe), pero al contacto con la civilización latina, la distinción entre derechos reales y personales fue muy pronto admitida, apareció en algunas leyes bárbaras en el plano del procedimiento, ganó luego el fondo del derecho, y se halla firmemente arraigada en las costumbres francesas. Para algunos como Planiol, relatan los Mazeud (1958, p. 248), la noción misma de

Para esta tesis, aunque se utilice el rotulo “derecho a la propiedad” cuando se trata del derecho reconocido a las comunidades negras en Colombia, la clasificación derecho real no aplica. Como se enunció al iniciar el presente capítulo, con las implicaciones que aquí se proponen el derecho en estudio tampoco puede ser rotulado como derecho patrimonial, aunque la mayoría de los expertos en derecho civil, entre ellos Rotondi (1953, pp. 203, 204), advierten que por regla general el derecho a la propiedad es de contenido patrimonial y en él hay una prevalencia del carácter económico, siendo este un elemento estático e interno del derecho a la propiedad, mas no del derecho objeto de estas líneas.

Aunque Lasarte (2008, p. 43) y otros doctrinantes civilistas expliquen que el derecho a la propiedad es uno de los más flexibles y variados entre las diversas categorías jurídicas, tradicionalmente categorizado como un derecho económico de corte individualista, consideración que también es de Younes (2014, p. 202), cuando se trata del derecho en estudio, por la forma de reconocimiento legal el fundamento ético y jurídico del derecho adquiere un matiz distinto, es más que un instrumento económico.

De esa manera, más que un instrumento económico, el derecho a la propiedad colectiva en esta investigación se ha constituido y conceptualizado como un “derecho-garante”, un derecho que ha permitido la existencia de un grupo étnico y el acceso a otros derechos como el derecho a usar, aprovechar y administrar los recursos naturales presentes en sus territorios, el derecho al autogobierno, a la participación, a la consulta previa, el derecho preferencial de ocupación, el de prelación para el uso de los recursos naturales, el derecho a la reubicación, a la asociación, el derecho a la etnoeducación y a recibir el beneficio derivado de los usos de la biodiversidad, entre otros, sin desconocer las situaciones fácticas que imposibilitan su ejercicio²¹⁹.

derecho real es falsa pues un derecho es necesariamente una relación jurídica entre dos o más personas, ya que el hombre no puede tener con la cosa más que relaciones de hecho. El derecho real debe, pues, analizarse como una relación entre el titular del derecho considerado, de una parte, el acreedor, y de otra, todos los demás miembros de la sociedad, deudores de una obligación de no turbar al titular del derecho.

²¹⁹ Situación de conflicto armado de estos territorios, desplazamiento, megaproyectos, etc.

La razón de ser del derecho en comento trasciende lo planteado por Arteaga (1994, p. 34) para la propiedad individual, es decir, su meta principal no es la satisfacción de necesidades humanas de carácter económico, o la simple consideración como un derecho que según los Mazeud (1958, p. 254) es pecuniario; lo que se busca en ese tipo de derechos no está centrado exclusivamente en tal propósito; nótese las restricciones frente al uso y aprovechamiento de recursos naturales en esos territorios colectivos. La propiedad colectiva se consagró pensando no solo en la conservación de los territorios y los recursos, sino en la protección de la identidad cultural de un grupo étnico²²⁰.

De allí que su visualización no sea como derecho real, por varias razones:

a. *Hay una relación diferente.* La doctrina civilista alega que los derechos reales “crean entre la persona y la cosa una relación directa o inmediata, de tal manera, que no se encuentran en ella, sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto” (Valiente, 1958, p. 2; Angarita, 2004, p. 15).

En el caso en estudio la relación es más amplia y no se reduce a dos elementos, porque el sujeto titular del derecho puede ser tanto individual como plural, pues no hay una “cosa” sino un territorio que conceptualmente trasciende el concepto de “bien”. Ya sea mediante la teoría de la doctrina tradicional²²¹, fuertemente criticada por varios autores como Carrejo

²²⁰ Artículo 1.º de la Ley 70 de 1993.

²²¹ En la doctrina clásica o tradicional el derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata. Esta definición es aceptada por varios autores como Lafaille (1943, p. 16), Valiente (1958, p.), Musto (s.f., p. 24) y los Mazeud (1958, p. 247), pero criticada según los precitados Mazeud (1958, p. 267) por tratadistas como Planiol, quien considera que existe una confusión en el lenguaje, de la cual es responsable esta teoría clásica o tradicional. Para ampliar acerca de las otras teorías frente al concepto de derecho real (teoría monista que ubica en una sola categoría los derechos personales y reales; teoría personalista u obligacionista; teoría unitaria realista, teoría de la institución, Tesis de Demogue, Tesis de Gionossar y teorías modernas) consultar N. Musto (s.f.). *Derechos reales*. t. I. Argentina: Editores Rubinzal y Culzoni.

(1962, p. 5), o de la doctrina de la obligación pasivamente universal desarrolladas por Valiente (1958, p. 2), el tipo de relación que se genera en el derecho reconocido a las comunidades negras va más allá de un grupo de personas que se deben abstener de “acto alguno que afecte el goce y uso del derecho por el sujeto activo” (Valiente, 1958, p. 2), ya que no se trata del esquema clásico de identificar sujetos activos y pasivos del derecho, pues todo el conjunto de familias que integran el consejo comunitario tienen facultades frente al derecho adjudicado mediante título colectivo; por lo anterior, los elementos clásicos constitutivos de los derechos reales no pueden concurrir en el derecho en análisis y, por lo tanto, esa relación privilegiada entre la persona y la cosa descrita por Terré y Simler (2010, p. 111), que se da y es el fundamento, según estos autores, de la propiedad privada, en la propiedad de las comunidades negras cobra otro sentido.

Además, no se puede desconocer el sustrato filosófico de los derechos reales, que no es otro que el concepto de propiedad privada²²² en el cual subyace el individualismo, por lo que las relaciones siempre estarán pensadas entre los individuos o entre el individuo y el Estado, tal como lo explicaba Solari (1946, p. 6) al señalar que el establecimiento de la propiedad individual fue, junto con la soberanía, uno de los impulsos principales en la constitución de la sociedad civil y en la superación del estado de naturaleza en el que predominaban la anarquía y la comunión; o, como señala Gonzáles Barrón (2005, pp. 491, 521), la propiedad adquiere un significado predominantemente económico, convirtiéndose en una categoría abstracta y general que confiere a su titular un valor pleno sobre el bien, por lo que la

²²² De acuerdo con Gunther Gonzáles Barrón (2005, pp. 484, 485) existen dos grandes corrientes en el derecho comparado en cuanto a la definición de propiedad privada: la primera, originaria del Código Civil francés, define la propiedad mediante la individualización de cada uno de sus poderes o facultades; la segunda originaria del Código Civil alemán, define la propiedad como síntesis de poderes, sin un contenido precisable. Con la cita de Grossi, dice el autor que a lo largo de la historia el derecho de propiedad se ha identificado con la presencia más intensa de un sujeto sobre una realidad externa del mundo físico, como la suma de poderes proyectados por un individuo sobre un objeto determinado del cosmos. La propiedad moderna con la cita De los Mozos, sigue el autor, se construye como un derecho de atribución sobre las cosas o los bienes que le confiere a su titular un poder o haz de facultades para actuar en su beneficio, resultando especialmente protegido por el ordenamiento jurídico.

propiedad, en su versión clásica y vigente hoy, es una prolongación de la libertad del individuo. El derecho de propiedad privada constituye en definitiva el “prototipo de los derechos subjetivos” (Laquis, 1979, p. 33).

b. *La fuente de creación.* Siguiendo a Valiente (1958, p. 8), los derechos reales solo se crean por ley, y el derecho a la propiedad de las comunidades negras es reconocido mas no creado por la ley, de donde la ley, para el caso la Constitución Política de 1991 en su artículo 55 transitorio y posterior desarrollo en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, lo que hizo fue reconocer una forma de apropiación que existía antes de la norma, como se precisó en el fundamento ético del derecho en comento, pero que no está en la Constitución de 1991, pues las normas solo positivaron una justa reclamación de un pueblo desconocido por el Estado colombiano; es por eso que en esta tesis siempre se utiliza la expresión “el reconocimiento del derecho” como un acto posterior del Estado colombiano respecto de una realidad que ya existía.

La adquisición del derecho no opera por el transcurso del tiempo ni siquiera por la posesión, pues, como se ha expresado, importan la ocupación y las prácticas ancestrales. Para la formalidad legal, a través de su institucionalidad el Estado colombiano materializa el reconocimiento con la expedición del título colectivo mediante un acto administrativo que se expresa en una Resolución del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), hoy Agencia Nacional de Tierras (INAT).

c. *La finalidad.* Como derecho patrimonial que es, y al igual que todo derecho real, el derecho a la propiedad siempre conserva el interés por el beneficio, por la utilidad, por el valor pecuniario que, según los Mazeud (1959, p. 246), posee por la explotación con fines económicos o la satisfacción de necesidades individuales según Lasarte (2005, p. 56).

Bien se ha precisado en este capítulo que originariamente el derecho en estudio era un derecho que servía para reconocer una forma milenaria de subsistencia frente a un Estado que “discriminaba” e “invisibilizaba” a un grupo étnico. Esta finalidad, distinta del derecho reconocido se evidencia entre otros, en el citado artículo 3.º de la Ley 70 de 1993.

d. *El objeto del derecho real.* Según Carrejo (1962, p. 10), el derecho real exige la presencia actual de la cosa, y en ese sentido el derecho de las comunidades negras puede involucrar aspectos que ya existieron, como las prácticas tradicionales ejercidas desde la esclavitud hasta nuestros días (p. ej., la mano cambiada, la minga, los yerbateros, los curanderos, la medicina tradicional, etc.), o derechos que existirán por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales del territorio, verbigracia los derechos que se pueden generar a partir de la propiedad intelectual.

Por el contrario, los derechos reales “exigen igualmente un contenido preciso y determinado y las cosas futuras o inciertas no pueden ser poseídas” (Lafaille, 1943, p. 17). No solo hay diferencias en relación con el término “cosa” o “bien” por su existencia, sino que también hay diferencias porque por lo general la cosa o bien del derecho real (también hay propiedad sobre bienes muebles) es un bien inmueble, mientras que en el derecho en análisis, la propiedad no se restringe a bienes inmuebles como casas, solares o terrenos, sino que abarca un concepto más amplio en el que se incluyen hasta las prácticas tradicionales.

Además, en la propiedad colectiva el derecho no se ejerce estrictamente sobre una cosa. Nótese que Areán (2003, p. 85) explica que el término “cosa” tiene un sentido restringido que asocia esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Por tratarse un derecho de contenido pecuniario el valor será económico.

De esta forma, cuando se habla desde el punto de vista jurídico el concepto cosa, explica Areán (2003, p. 86), se relaciona con objetos materiales susceptibles de una medida de valor y por consiguiente accesible al hombre y apropiable; el concepto de cosa, como objeto de los derechos, es restringido puesto que la cosa debe constituir siempre un bien en sentido económico.

De ahí que por los principios orientadores de la Ley 70 de 1993 y las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que les asigna la ley los territorios

colectivos de las comunidades negras no tienen este valor económico²²³. Además, los derechos reales deben recaer sobre bienes que sean cosas y esas cosas, según Areán (2003, p. 87), deben estar en el comercio, deben tener existencia actual, deben ser determinadas y deben ser singulares, una universalidad de hecho considerada como unidad no puede ser objeto de un derecho real describe textualmente Areán (2003, p. 87).

e. *La prelación en sentido distinto*. Como consecuencia de la adquisición del derecho a la propiedad las comunidades también son titulares del derecho de prelación o preferencia²²⁴ para la explotación de los recursos naturales de su territorio. Por su parte, Angarita (2004, p. 16) señala que desde la definición de la escuela clásica los derechos reales se caracterizan por contar con la llamada preferencia o prelación que se entiende frente al ejercicio de los derechos de garantía como la prenda, la hipoteca y el censo, según el orden en que se hayan constituido.

En otras palabras, según López Alarcón (1960, p. 16), cuando se trata de derechos reales la prelación se presenta ante una situación de concurso sobre un patrimonio en liquidación o un bien insuficiente para la satisfacción de varios sujetos, entonces se establece una jerarquía o subordinación entre ellos otorgando a uno preferencia frente a los otros; un clásico ejemplo, es que un deudor que tiene varios acreedores que persiguen un mismo bien

²²³ En principio, el título que se otorga y que da nacimiento formal al derecho a la propiedad colectiva es global, debido a que se otorga por un total de hectáreas y a un número de familias. Por ejemplo, en 1997 el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA) otorgó al Consejo Comunitario Cocomacia el título colectivo en el que reconocía la propiedad colectiva sobre un área de 695.245.118 y a 7.904 familias. (Resolución 4566 del 29 de diciembre de 1997).

²²⁴ Para ampliar con respecto a este derecho y las dificultades para su ejercicio cfr. L. Hinestroza, W. Hinestroza, M. Perea y M. Granja (2014). “El derecho de prelación de las comunidades negras en la explotación minera en el municipio de Condoto-Chocó”. *Revista Estudios de Derecho*. Vol. 71. n.º 157, o F. Burgos (2016). “La minería tradicional, una concepción muy particular del derecho colombiano”. En: J. Henao, M. Montoy A (2016). *Minería y desarrollo*. t. I. *Aspectos jurídicos de la actividad minera*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

y por el derecho de prelación, el que primero haga efectiva las garantías de prenda, embargo o hipoteca obtendrá la satisfacción de su deuda.

Sin embargo, frente al derecho en estudio, no solo no se puede entender el derecho de prelación como el orden o el turno en que se pueden constituir gravámenes como la prenda, la hipoteca o el censo sobre la cosa, sino que la misma legislación estableció este derecho bajo el entendido de prioridad frente al otorgamiento de permisos ambientales y/o concesiones mineras para la explotación de recursos naturales en sus territorios, y no como respeto de un orden o turno para la constitución de garantías.

Por ejemplo, sobre el derecho de prelación de los grupos étnicos, explica Burgos (2016, p. 370) refiriéndose a los permisos mineros, que la figura de la prelación del derecho está diseñada para cuando, existiendo una zona minera étnica declarada, un tercero no miembro del grupo solicita el otorgamiento de concesión para la explotación o exploración de minerales en la zona.

En tal sentido, la prelación del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras se ejerce con respecto a otro (el tercero que solicita el permiso), y es una manifestación de voluntad de querer realizar directamente la explotación por la comunidad. La prelación es un freno a la intervención de terceros en territorios colectivos de comunidades negras²²⁵ mientras que la prelación o preferencia de los derechos reales tiene que ver con un privilegio del acreedor.

f. *El régimen legal.* Claramente a los derechos reales se les aplica la legislación civil, que no es otra cosa que un régimen común, es decir, el régimen que aparece en el Código Civil y regula las distintas modalidades de derecho real: propiedad, usufructo, arrendamiento, etc. Frente a derechos que no se comprenden fácilmente en las categorías tradicionales, como el objeto en estudio, este régimen común no es adecuado porque se enfrenta a

²²⁵Sobre la utilidad de esta figura, Burgos (2016, p. 371) precisa que el derecho de prelación no se aplica de manera directa a las comunidades indígenas y negras y a que las zonas requieren una declaración previa por parte del Ministerio de Minas y Energía y la realización de estudios técnicos y sociales.

situaciones distintas que no fueron previstas por el legislador y obedecen a otros criterios; de ahí el reclamo por una legislación especial que tenga en cuenta esas particularidades y que no sea una simple reproducción de los estereotipos ligados al concepto de propiedad privada e individual, ya que hasta la fecha, como se mostrará en los capítulos tercero y cuarto, los desarrollos del usufructo en territorios de comunidades negras están mezclados con los recuerdos del proceso histórico de poblamiento, y con la tradición y figuras heredadas y aprendidas del proceso de esclavitud a través del contacto con españoles, y en general con el resto de la sociedad; es decir, en la actualidad no existe un régimen especial que permita entender el usufructo realizado en estas comunidades con un matiz distinto, sino que puede estar sucediendo que simplemente las comunidades estén realizando una simple reacomodación del derecho a las categorías jurídicas tradicionales, con lo cual se desconocería el fundamento ético del derecho, explicado en párrafos precedentes.

A manera de ilustración (volveremos sobre este punto al tratar específicamente el tema del usufructo) lo establecido en el Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro en el departamento del Chocó, que mezcla sin un mayor análisis de las implicaciones de las expresiones, términos propios del régimen común del derecho civil²²⁶:

Artículo 66: *Usufructo*. Es la adquisición temporal del dominio de una cosa en el caso del Consejo Comunitario por tratarse del manejo del territorio esa cosa es se traduce a un bien raíz para su uso y goce por parte del usufructuario, obteniendo éste las utilidades de la cosa, mientras que el dueño conserva la propiedad a futuro.

La propiedad, dice Velásquez (2010, p. 199), es el derecho real por excelencia, es el más completo que se puede tener sobre un objeto, y en nuestro sistema constitucional rige el concepto de propiedad privada intervenida o con función social.

²²⁶ Por consiguiente, este artículo desconoce que históricamente las comunidades negras se apropiaron de ciertos espacios por familias, y que una vez apropiado el espacio por una familia o un individuo, las reglas internas de herencia se respetan, por lo que nunca un terreno puede ser adquirido de forma temporal, es decir, no se le da la interpretación de “cosa”. Este artículo también refleja el uso de lenguajes diferentes, las comunidades utilizan la expresión “dueño, mío” y el régimen común habla de propietario.

El régimen legal que se aplica al derecho en estudio lo convierte, además, en un derecho cualificado en cuanto a las condiciones para adquirirlo, puesto que para que surja es necesaria la titulación o la asignación estatal. Es un derecho que solo puede reconocerse a comunidades negras que cumplan con las condiciones exigidas en la Ley 70 de 1993, y por ejemplo, los afrocolombianos en zonas urbanas, aunque sen titulares de otros derechos por identificarse como miembros de un grupo étnico, como el derecho a la educación, a no ser discriminados ni desplazados, a la participación, a la consulta previa, a la identidad étnica, no cumplen con los requisitos establecidos por la misma Ley 70 de 1993 para ser titulares del derecho de propiedad.

g. *La facultad de disposición*. Los derechos reales se basan en la libertad individual desde la cual el titular puede disponer libremente de su derecho; en contraste, en la propiedad de las comunidades negras se pueden tomar decisiones individuales (venta, arrendamiento, cesión de lo que la legislación denomina usufructo, como se verá más adelante no lo es) pero también tienen aplicación las decisiones colectivas.

De suerte que en los derechos reales hay libertad en la adquisición, transferencia y constitución de gravámenes y extinción del derecho, y en el derecho de las comunidades negras hay limitaciones establecidas por el colectivo y por la legislación especial e, inclusive, por las prohibiciones de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad no se pueden constituir gravámenes.

Desde la visión clásica de la legislación civil, y coincidiendo con Lasarte (2005, p. 69), el propietario cuenta con un haz de facultades que, en su conjunto, forman la denominada facultad de disposición; pero, en tratándose de comunidades negras, este haz de facultades sufre mutaciones, toda vez que, como se ha visto, en determinadas situaciones puede depender de una familia o un individuo y en otras de las decisiones del colectivo.

Los actos dispositivos están limitados: por ejemplo, la transmisión del derecho desde el punto de vista formal es imposible por la condición de inalienabilidad del título otorgado, pero desde el punto de vista material es permitido disponer de una parte del derecho al consagrar la venta, arrendamiento o cesión de usufructo, según lo dispone el artículo 7.º de

la Ley 70 de 1993. Lo anterior sirve también para reforzar el planteamiento del acápite anterior, en cuanto a que, cuando se trata del derecho a la propiedad colectiva ese carácter subjetivo no es un componente más del derecho.

Se pueden continuar escudriñando en la doctrina civilista o constitucional más rasgos que establezcan diferencias entre las categorías en estudio, pero no hay necesidad de llevar este análisis a extremos sino que basta mirar hacia atrás y ver las grandes líneas conceptuales que separan y que ayudan a reafirmar que el derecho a la propiedad de las comunidades negras, aunque se trate de otra forma de propiedad y de derecho, no es adecuado explicarlo desde las categorías tradicionales, aunque tenga pequeños esbozos de similitudes con los derechos reales como en el caso de las exigencias legales de registro y de publicidad.

De todas maneras, como las llamaría Lasarte (2005, p. 10), hay zonas grises entre ambos conceptos que ayudan a confirmar una vez más el argumento principal de este trabajo: el derecho a la propiedad de las comunidades negras es un *derecho sui generis*.

De igual manera, si el derecho en estudio no es un derecho real, mucho menos se le pueden extender “estados especiales de dominio” (Velásquez, 2010, p. 228) catalogados por Lafaille (1943, p. 48) como solidarios, o plural para Velásquez (2010, p. 228), entre ellos las figuras del condominio, la propiedad horizontal, la comunidad, la copropiedad, la sociedad, etc., pues estas formas de propiedad únicamente se predicán de derechos reales²²⁷.

Primera reflexión

Esquemmatizando los planteamientos de la segunda parte del capítulo primero, se debe resaltar inicialmente que la apuesta teórica por un derecho diferente permitió descubrir los elementos conceptuales para comprender que el derecho a la propiedad colectiva de las

²²⁷ Las definiciones conceptuales de estas formas de propiedad se pueden ampliar en L. Velásquez (2010). *Bienes*. Bogotá: Editorial Temis; R. Ruiz Semarralera (1982). *Derecho civil. Derechos reales I. Parte general. La posesión y la propiedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

comunidades negras tiene ciertas particularidades teóricas (como su titularidad, el fundamento ético y jurídico, su concepto y elementos en su ejercicio material) que llevan a repensar cómo se ha conceptualizado el derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ese ejercicio de pensar nuevamente el derecho conlleva entender que, cuando se habla del derecho a la propiedad colectiva, más que un pregonado derecho al territorio existe un conjunto de facultades que legitiman los actos de disposición para el uso y aprovechamiento, no solo del territorio físicamente considerado sino también de las decisiones de poder que se dan en las relaciones internas y externas del grupo étnico.

En otras palabras, el derecho a la propiedad involucra actos de poder para la disposición material y también actos de disposición de reglas construidas en un proceso histórico en los que la familia, los lazos de parentesco y las costumbres también determinan el ejercicio de las facultades.

El derecho a la propiedad colectiva es más que el derecho al territorio, pues tiene que ver con toda la gama de potestades que se derivan de esa condición especial de titularidad que se nutre del fundamento ético del derecho.

Hay que destacar también que aunque la mayor parte del discurso construido alrededor de las comunidades negras reconoce en la normatividad el origen y desarrollo del derecho en estudio, en este primer capítulo se ha visto cómo la razón de ser y la fuente del derecho se encuentran antes del proceso, sí así se puede llamar la positivación en el ordenamiento jurídico colombiano; quizás si se hubiera tomado con mayor atención el fundamento ético del derecho, el proceso para la reglamentación y el surgimiento del fundamento jurídico hubiese sido menos tortuoso o en la actualidad ya se contaría con la reglamentación total de la principal ley expedida a favor del grupo étnico en su condición de sujeto titular de derechos.

De esa manera, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras tiene un fundamento ético y un fundamento jurídico que trasciende la sola conceptualización del artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991, y la misma normatividad especial que

debe nutrirse de los acuerdos y consensos construidos en cada consejo comunitario, reconociendo las especificidades propias del grupo.

Con respecto a la clasificación tradicional de los derechos, aventurarse a plantear el argumento principal de esta tesis es una tarea académica y teórica que con seguridad genera rupturas mentales y creará una barrera, porque se pensaría que, en la actualidad, todo lo que se trate de grupos étnicos, pueblos, cultura, ya ha sido aceptado y no amerita más tratos diferentes, pues se han construido todos los debates para la protección de los derechos de minorías.

Sin embargo, las líneas construidas en este capítulo evidencian que hay derechos que no pueden explicarse, aunque sean derechos fundamentales desde las clasificaciones clásicas que aún continúan vigentes, porque sigue latente la visión de derechos ideados pensando en el ser como individuo o como ciudadano y no en el ser como concepto colectivo pero desde la visión de los lazos de familia y de parentesco. Sigue presente la visión del individuo y su cultura, del individuo y el grupo, mas no del individuo tanto en su espacio particular familiar como en su espacio colectivo.

La aceptación de la diversidad cultural en el mundo ha dado pie al surgimiento de diferentes enfoques de pensamiento en favor de las distintas culturas; sin embargo, en honor a esa diversidad cultural los esfuerzos deben ir más allá de plantear una “tolerancia”. Vale la pena decir que esa diversidad convoca al estudio de otras dimensiones, a mirar los derechos en su aspecto no solo externo sino, y principalmente, interno, y a comprender qué sucede con los derechos, por qué no son eficaces, por qué los grupos étnicos deben acudir cada vez más a instancias internacionales para la garantía de sus derechos, y cómo se ejercen al interior de los grupos. El discurso debe analizarse pero no en una sola vía, es decir, no solo en comparación con otras culturas.

De igual manera, el carácter colectivo de un derecho se ha ligado indiscutiblemente con la existencia de un grupo, pero se debe cuestionar si la sola existencia del grupo da lugar a su tratamiento como un derecho colectivo. Este primer capítulo también permitió evidenciar

que no en todos los casos la sola existencia de un grupo implica que se catalogue un derecho como colectivo.

Asimismo, pese a los rótulos de la doctrina colombiana o de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del país, no todos los derechos de las comunidades negras conservan el carácter de derecho colectivo, así tengan una dimensión colectiva; aún más: no se puede incluir en un solo conjunto y dar el mismo tratamiento a todos los derechos de este grupo étnico. Las condiciones especiales del ejercicio de la titularidad del derecho, y las facultades que de ella se derivan, también cuestionan su clasificación como derecho colectivo.

El marco jurídico colombiano que ha reconocido y regulado el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras parte de una concepción errónea del derecho, en la que no se ha entendido que se trata de un derecho de naturaleza distinta, que inclusive en su ejercicio no puede asimilarse en todos los casos, ni implementarse programas y políticas bajo los mismos criterios de igualdad y unidad, cuando el derecho es reconocido a otros grupos étnicos como las comunidades indígenas del país.

Finalmente, en este capítulo se puso de frente el derecho en estudio con el carácter económico y patrimonial que se ha endilgado al derecho a la propiedad en términos generales, lo que lleva a cuestionar su clasificación como derecho real, para concluir que, no obstante la categoría de derechos económicos en la que siempre se ha ubicado el derecho a la propiedad, no en todos los asuntos opera, porque en este caso si no es un derecho real tampoco será un derecho de contenido económico, al menos eso no hace parte de su finalidad, por lo que la ubicación como un derecho económico también ha sido cuestionada en esta tesis.

En resumen, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es de aquellos derechos que, para utilizar los términos de Planiol citado por los Mazeud (1958, p. 268), resulta difícil de hacerlos figurar en una categoría con preferencia de la otra, por lo que se hace necesario repensar su configuración como derecho en las categorías tradicionales.

Capítulo segundo

El derecho a la propiedad colectiva: atributos diferentes para un derecho diferente

Para el jurista perteneciente a la cultura oficial del siglo XIX, educado o deseducado por dos mil años de elaboración teórica centrada solo en la propiedad individual, el concepto de apropiación colectiva escapa a sus esquemas ordinarios

Paolo Grossi

Presentación

Después de haber construido el concepto, identificado el fundamento ético y jurídico del derecho a la propiedad colectiva y establecido que el derecho reconocido a las comunidades negras de Colombia a partir de 1991 es un derecho que fácilmente no se ubica en las categorías tradicionales, bien sea de la legislación civil, o en las clasificaciones de derechos individuales, colectivos y derechos reales, en el siguiente capítulo se presentan los elementos que permiten proponerlo como un derecho diferente.

Además, en el camino de encontrar la explicación teórica del derecho, en este apartado se identifican sus atributos, desvirtuando los tradicionales de la propiedad individual privada e identificado los que son de la propiedad pública²²⁸. De igual forma, se analiza lo que sería el contenido del derecho.

²²⁸ En esta sección se incorpora el análisis de Julián Andrés Pimiento Echeverry (2010, 2011, 2015) respecto del concepto de propiedad pública y bienes públicos, en especial sus argumentos acerca de las características de los bienes públicos. Lo primero es destacar, como lo hace el tratadista (2010 pp. 17-21) que “El derecho colombiano tiene ciertas particularidades que lo ubican por fuera de las diferentes corrientes doctrinales en torno a los bienes públicos y en especial, en cuanto hace a las teorías sobre el dominio público”, ya que, siempre se plantea una dicotomía entre dominio público y dominio privado que se asimila a la dicotomía propiedad pública/propiedad privada. Para Pimiento, “en el país se dio una recepción defectuosa de las diferentes teorías dominiales francesas del principios del siglo XX; defectuosa en el sentido de que los bienes fiscales se incluyen dentro de la noción de dominio público sin restricción alguna, pero su régimen se quiere asimilable al de la propiedad privada”. En tal sentido, el tratadista explica que en el marco de una relación

De esa manera, el argumento central de los siguientes párrafos se concreta en demostrar que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho con elementos diferentes a la propiedad pública y a la privada, pero, a la vez, con algunos elementos comunes a ambos tipos de propiedad, los cuales coexisten sin exclusión en el derecho sui géneris.

Para lo anterior, la estructura de presentación del siguiente capítulo está compuesta por tres subtemas: en primer lugar, sin intentar entrar en una dicotomía entre lo público y lo privado, se describe el derecho de propiedad privada priorizando la delimitación de los rasgos definitorios principales de esa forma de propiedad; a continuación se describe la propiedad pública con el mismo propósito del subtema anterior, pero en relación con la propiedad pública; finalmente se identifican las características especiales y diferenciadoras de la propiedad colectiva de las comunidades negras, proponiendo unos atributos y un contenido para ser categorizado como un derecho sui géneris.

jurídica el concepto de propiedad pública con dominio eminente se utiliza como sinónimo de afectación ; lo que no tiene sentido porque la afectación y la propiedad obedecen a dos realidades distintas. Según este autor, la propiedad pública existe de manera independiente, como régimen subyacente a la destinación de determinado interés general (Pimiento, 2010, p. 33). “Nuestro derecho no conoce el dominio público como categoría desligada de los recursos naturales renovables y por ello no le da un régimen jurídico a esa categoría” (Pimiento, 2010, p. 89). En relación con la propiedad de los bienes de uso público Pimiento (2010, p. 39-44) señala: “La propiedad de los bienes de uso público es, quizá, el elemento que más ha generado debate en la construcción del régimen de este tipo de bienes [...] Toda persona pública es propietaria de sus bienes, su propiedad pública es indiscutible, lo que va a determinar gran parte de la existencia o no de la propiedad privada, sino su destinación o afectación al interés general [...] El dominio público no es sino un régimen jurídico que limita o amplifica los atributos de la propiedad”. El dominio público “se refiere entonces a un régimen jurídico especial, aplicable a ciertos bienes que se encuentran destinados ya sea el uso directo por parte de los particulares, o al servicio público siempre y cuando haya recibido alguna adecuación especial que permita ese destino” (Pimiento, 2010, p. 71).

2.1. La contribución de la propiedad privada

Bajo la égida de la visión individualista clásica, y teniendo en cuenta con Thiers (1852, p. 8) que la propiedad es un hecho constante y universal en todos los tiempos y países, en Colombia la noción de propiedad privada parte de la definición del Código Civil establecida en el artículo 669^[229], sin olvidar, con la precisión, entre otros, de Ochoa (2011, p. 198), que además de adoptar una definición que para la mayoría de los tratadistas, con excepción de algunos como Hinestrosa (1979, p. 11)²³⁰, se desprende del derecho romano y a su vez del Código de Napoleón de 1804^[231], no se distingue entre los términos propiedad y dominio²³².

²²⁹ En su versión original el artículo 669 del Código Civil establecía: “*Concepto de dominio*. El dominio, que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad. Sin embargo, en la Sentencia C-595 de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable el término ‘absoluta’ entre otros argumentos porque ‘La propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, *contrario sensu*, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con los demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema. Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado”.

²³⁰ El profesor Hinestrosa (1979, p. 11) explicaba que el concepto de dominio o propiedad como suma del *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi* (derecho de uso, de goce y de disposición) no es romano sino medioeval. Fueron los cultores y expositores del derecho romano (glosadores y en especial comentadores), quienes por cuenta propia acuñaron esa idea, tan propia de su mentalidad como extraña al derecho romano en sí. En igual sentido, Novoa (1979, p. 9) expone cómo los romanos no proporcionaron una definición del dominio, sino que describieron empíricamente su contenido. Los *iura* atribuidos al *dominus* no fueron mencionados por los antiguos romanos, sino propuestos por los comentaristas posteriores.

²³¹ Explica Lasarte (2008, p. 38) el concepto de propiedad que actualmente vive en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, que este procede, en mayor o menor grado, de los dogmas consagrados en Francia a

De esa manera, el derecho a la propiedad privada siempre se presenta como la facultad de usar, gozar y disponer de algo teniendo en cuenta la ley y el derecho ajeno. Por el origen etimológico del término, el derecho a la propiedad privada abarca, según Pipes (1999, p. 19), todo lo que pertenece a una persona, lo cual, siguiendo a Ochoa (2011, p. 197), implica señorío, exclusividad y pertenencia de algo a alguien. Lo que demuestra su esencia de derecho real principal por excelencia (Arias, 2008, p. 116).

Entendida en términos globales y habituales, dice Hinestrosa (1978, p. 10), la propiedad es el derecho sobre una cosa, que permite a un sujeto de derecho (persona), en la medida de la misma naturaleza de esta y del propósito del propietario, extraer de ella las ventajas naturales y jurídicas para las cuales es apta y disponer total o parcialmente de su derecho e incluso con la constitución de prerrogativas en favor de extraños. Es más, señala el autor, la propiedad o dominio muestra la adscripción de una cosa de ordinario corporal pero también incorporal.

Como se ve, conforme a su concepto civil (Novoa, 1979, p. 13), y tal como lo vislumbró Hinestrosa (1978, p. 10), el derecho a la propiedad privada muestra la presencia de un derecho subjetivo por el aspecto individual o particular de la propiedad que se mira en sus ventajas, prerrogativas y privilegios de la titularidad, y que, además, para la mayoría de los tratadistas nacionales y extranjeros²³³ se caracteriza por ser absoluto, perpetuo, general, independiente, pleno, universal, ilimitado y exclusivo como se describe en la siguiente tabla.

finales de siglo XVIII, que fueron calando en el resto de los códigos europeos y también en los sudamericanos, muchos de ellos anteriores al propio Código español, inspirados en el Código de Napoleón.

²³² En esta sección se deben recordar las explicaciones de la parte preliminar sobre el concepto de propiedad.

²³³ Entre otros, Novoa (1979, p. 23), Velásquez (2010, p. 200), Vélez Rojas (2014, p. 131), Valiente (1958, p. 175), Peña (1995, p. 574), Laquis (1979, pp. 69-72), Angarita (2004, p. 58), Barragán (1979, p. 74), Anzola (1918, p. 254), Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1995, p. 175), Arteaga (1994, p. 44), Carrejo (1962, p. 89), Cañón (1984, p. 201), Balestrini (1997, p. 249) y Barassi (1955, p. 3).

Tabla 3

Atributos del derecho a la propiedad privada desde la legislación civil

| Característica | Descripción |
|------------------|---|
| Absoluto | <p>El ejercicio de la propiedad no tiene más límites que la ley, el derecho ajeno (Rico, 2012, p. 60) y los límites materiales de la cosa (Angarita, 1994, p. 44).</p> <p>El derecho a la propiedad puede oponerse a todos en cualquier momento (Josserand, 1952, p. 18).</p> <p>Es la síntesis de todos los poderes sobre un bien (Gonzáles Barrón, 2005, p. 515).</p> <p>Confiere al titular la mayor cantidad posible de facultades sobre una cosa²³⁴ (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1995, p. 175). Sin que comprenda la legitimación de la destrucción o deterioro del bien” (Montés, 1980, p. 255).</p> |
| Exclusivo | <p>Supone un titular único, que puede ser una persona física o jurídica (Árean, 2003, p. 242), facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y, por ende, para impedir la intromisión de cualquiera otra persona (Alessandri, Somarriva y Vonadovich, 1993, p. 38).</p> <p>El titular tiene la facultad de rechazar cualquier intervención de terceros en el uso, goce y disposición de la cosa (Novoa, 1979, p. 27) por lo que tiene un monopolio, ya que solo él, tiene la posibilidad de servirse y sacar provecho del bien que le pertenece y las ventajas del bien son reservadas a una sola persona (Gonzáles Barrón, 2005, p. 516). Además, puede hacer</p> |

²³⁴ Algunos autores, como Montés (2013, pp. 238, 242), sostienen que los caracteres tradicionales del derecho de dominio están siendo revisados, aunque no cabe decir lo mismo de otros rasgos que la sistemática tradicional atribuía a la propiedad. En consecuencia, el poder del propietario no es absoluto, ni en el sentido de que predomine el arbitrio del propietario o de que falten limitaciones, ni en el de que la titularidad se vea correspondida por una suerte de obligación o deber de respeto de los demás ciudadanos. En igual sentido, explica Balestrini (1997, p. 242), el derecho de propiedad no es un derecho absoluto porque en su ejercicio está sujeto a una serie de limitaciones y/o restricciones que encuentran su fundamento en la finalidad social que la propiedad debe cumplir.

| | |
|-------------------------------|---|
| | <p>valer su derecho frente al Estado mismo y demás entidades de derecho público (Rico, 2012, p. 61).</p> <p>Es indispensable para la existencia del derecho de propiedad, pues si no se acredita se está en presencia de otra figura como el condominio (Rico, 2012, p. 63).</p> <p>Si alguien es propietario de una cosa de la que otro también es propietario, esa cosa es común entre ellos, y si es común no se puede decir que es propia para el total, pues propio y común son términos contradictorios (Areán, 2003, p. 242).</p> <p>Sobre una misma cosa solo puede existir un propietario, lo que no contradice la existencia de la propiedad indivisa, en la cual existen varios titulares, pero ninguno puede identificar física o materialmente su derecho sobre la cosa (Velásquez, 2010, p. 203).</p> |
| Perpetuo: | <p>La propiedad dura indefinidamente a favor del propietario (González Barrón, 2005, p. 517).</p> <p>No está sujeta a limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto dure la cosa; en sí misma no lleva una razón de caducidad y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de ella (Alessandri, Somarriva y Vonadovich, 1993, p. 38; Ruiz Serramalera, 1982, p. 191).</p> <p>La propiedad dura tanto cuanto dure el bien con las excepciones de ley, y no se extingue por el no uso (Vélez Rojas, 2014, p. 133; Velásquez, 2010, p. 204; Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1995, p. 185).</p> <p>El derecho a la propiedad cuando se traslada no se extingue, sino que cambia de titular (Peña, 1995, p. 575).</p> |
| Plenitud universalidad | <p>Otorga la facultad de usar todos los poderes que se pueden ejercer sobre un bien o cosa, el titular cuenta con todas las prerrogativas o derechos como el derecho de usar la cosa, percibir y hacerse dueño de los frutos que produce, y poseer, defender y disponer de la cosa (Peña, 1995, p. 576).</p> |
| Irrevocable | <p>Es un derecho independiente que no está destinado a transformarse en otro derecho ni a desaparecer, y la extinción del derecho depende de la voluntad del propietario y no de una voluntad extraña (Valencia y Ortiz, 1996, p. 125).</p> <p>Es un derecho plenamente estable, pues no depende de la existencia de otro derecho y su extinción obedece a la voluntad del propietario y no a una voluntad extraña (Valencia Zea, 1958, p. 152).</p> |

| | |
|---|--|
| Tiene una existencia independiente | El derecho de propiedad no depende de ningún otro derecho, como ocurre con otros derechos reales; en tanto que la propiedad es un derecho principal del que pueden depender otros derechos subordinados y tiene una causa concreta (Ruiz Serramalera, 1982, p. 193). |
|---|--|

Fuente: elaboración propia a partir de textos doctrinales.

Es de advertir que actualmente esas características o atributos deben pasar, como ya se ha señalado en párrafos precedentes de la parte preliminar de este trabajo, por los principios del constitucionalismo moderno que han morigerado los extremos que desde la escuela clásica los planteaban, por ejemplo, mediante el reconocimiento de la función social y ecológica de la propiedad (art. 58 Constitución Política de Colombia de 1991) o las declaraciones de patrimonio histórico cultural, patrimonio inmaterial de la humanidad, o figuras como la extinción de dominio y la expropiación por motivos de interés público y social, lo que demuestra que dichas características, al igual que la propiedad, actualmente se han “relativizado”²³⁵.

Bien explica Gambaro (2013, p. 12) que la doctrina jurídica del siglo XX ha asumido el papel de destruir esa imagen de la propiedad individual básica y absoluta²³⁶ para dar importancia a otras formas. Así, aunque estén presentes las características clásicas en la propiedad privada lo hacen con ciertas restricciones impuestas por los ordenamientos jurídicos para garantizar el interés general, como se explicará en párrafos siguientes al hablar de la función social y ecológica de la propiedad.

Hoy en día el derecho a la propiedad no se concibe como un derecho ilimitado porque, explica Arteaga (1994, p. 44), tanto en la Constitución como en leyes especiales y en el

²³⁵ Señala Grossi (1992, p. 19): “Lo que importa aquí poner de relieve es que, por primera vez después del énfasis del individualismo posesorio, el individuo deja de ser el eje de la noción de propiedad y se intenta una construcción partiendo de elementos objetivos, y en consecuencia se la relativizaba”.

²³⁶ Según Novoa (1979, p. 24-26), este atributo, cuya primera definición legal apareció en el siglo XIX en el Código de Napoleón, y de allí se transmitió a muchas legislaciones, debe ser considerado siempre con referencia a ciertos límites que no han faltado ni siquiera en las formulaciones más antiguas.

mismo Código civil²³⁷ hay limitaciones impuestas por el derecho moderno al derecho de propiedad y a su ejercicio, y porque, además, sería “una concepción antisocial” (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1995, p. 175). También (Ochoa, 2011, p. 204) con la imposición de las teorías de la precitada función social de la propiedad, con el desarrollo de las ideas de solidaridad, y el libre arbitrio del propietario frente a su propiedad, el carácter absoluto del derecho solo queda en el recuerdo²³⁸.

Ahora bien, una vez identificadas las características generales del derecho a la propiedad, el paso a seguir es referirse a su contenido clásico a fin de encontrar más elementos que permitan identificar las notas características del derecho que se propone como *sui generis*.

En cuanto al contenido, según Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1995, p. 176) el derecho a la propiedad queda circunscrito a los tres clásicos del *jus* de los romanos: *utendi*, *fruenti* y *abutendi*, de ahí que Gatti (1984, p. 14) explica que todo derecho tiene un contenido que es la naturaleza y la extensión de la prerrogativa que da nombre y tipicidad al derecho subjetivo.

Para Grossi (1992, p. 95) el contenido mínimo del derecho a la propiedad en la época medieval tenía que ver con la existencia de un poder, no importaba si pequeño o grande, pero autónomo e individual. Como se ve, desde el derecho civil el contenido del derecho,

²³⁷ Son ejemplos de estas limitaciones, fuera de la función social y ecológica de la propiedad, según Arteaga (1994, p. 44), las leyes sobre reforma agraria, las normas sobre congelación y limitación de arrendamientos, las normas de reforma urbana que reglamentan la tenencia de la propiedad raíz en las ciudades colombianas, las normas fiscales y las normas relativas a la conservación del medio ambiente.

²³⁸ De esa forma, y de acuerdo con las explicaciones de Gonzáles Barrón (2005, p. 517), debemos estar precavidos para no confundir el carácter de absolutez con el de ilimitación, tal como se enunció en líneas anteriores al mencionar la función social y ecológica de la propiedad, ya que, como expone Sánchez de Bustamante (1947, p. 20), la calificación de absoluta e ilimitada que se da a la propiedad nunca se ha tomado en su acepción literal sino con un criterio relativo, de comparación con otros.

tal como lo explican, entre otros, Dabin (1955, p. 205)²³⁹, Valiente (1958, p. 178)²⁴⁰, Novoa (1979, p. 33)²⁴¹, Angarita (2004, p. 57) y Acedo (2013, p. 104)²⁴², está relacionado con las facultades que se derivan del derecho a la propiedad, que pueden ser más que las tradicionalmente comprendidas en el uso, goce y disposición²⁴³, siendo la facultad de disposición una de las más características del dominio (Acedo, 2013, p. 110).

²³⁹ Explica Dabin (1955, p. 205) que el contenido de un derecho es aquello que lo delimita en su modo y en su extensión: incluye tal prerrogativa o haz de prerrogativas.

²⁴⁰ Para Valiente (1958, p. 178) el contenido del derecho a la propiedad, también está relacionado con las diversas facultades que la doctrina enumera del siguiente modo: 1. Actos materiales que permiten el uso y goce de la cosa; 2. Actos jurídicos sobre la cosa, y 3. Actos que implican exclusión de los terceros.

²⁴¹ Para Novoa (1979, p. 33) el contenido del derecho de propiedad tiene una estructura compleja. Se suele descomponerlo analíticamente en diversos poderes o, con expresión preferible, facultades, cada una de las cuales se resalta como la síntesis de toda una serie de comportamientos posibles, los cuales son un tanto indeterminados y múltiples, y pese a ello son esquematizados generalmente en facultades de goce y de disposición.

²⁴² Acedo (2013, p. 104) señala que el contenido esencial del derecho de propiedad incluye al menos dos grupos de prerrogativas: los derechos y los poderes; los primeros se derivan del propio derecho en cuestión, y los segundos son las facultades del dominio y los mecanismos o medios de protección de la propiedad, que se traducen en las acciones para su defensa.

²⁴³ Valencia Zea (1958, p. 150) señalaba que no son las únicas facultades que se pueden derivar del derecho a la propiedad, porque cuando los romanos mencionaron la facultad de gozar o disfrutar de la cosa, como una de las facultades que tiene el propietario, emplearon un término tan amplio y tan abstracto que comprende, como es elemental, cualquier forma de utilización moderna o futura. Por otra parte, con la clasificación mencionada no se pretende decir que el propietario tiene solo esas facultades, pues posee otras que se encaminan a dar un mayor valor a la cosa o a permitir una mejor explotación de ella, como la facultad de deslindar un mejor disfrute o darle mayor valor. En el mismo sentido, Barragán (1979, p. 71) explica que el contenido del derecho de dominio es esencialmente complejo y dentro de esa complejidad se puede observar la existencia de tres conjuntos de elementos, a saber: uno de poderes o facultades atribuidas al titular del derecho, uno de limitaciones y uno de obligaciones.

Según Acedo (2013, p. 112), actualmente las facultades se han simplificado y la doctrina las ha compilado en tres en grupos: 1. Las de libre disposición, que conceden al propietario la posibilidad de transferir o enajenar, ceder o realizar actos de limitación como gravar, transformar y destruir la cosa; 2. Las de libre aprovechamiento, que no son exclusivas del derecho de propiedad porque las ostentan otros derechos reales como el usufructo, y 3. Las de exclusión, que comprenden las actuaciones del dueño para evitar la intromisión de terceros y así como la perturbación.

Por consiguiente, en este trabajo el contenido del derecho está integrado por ese conjunto de facultades que permiten realizar actos de disposición del derecho, pero teniendo en cuenta que el contenido se “habrá de determinar” (Barassi, 1995, p. 11) no solo por las normas de derecho positivo sino también por su fundamento ético, como los derechos y prerrogativas que son indispensables para la existencia como grupo étnico.

De esa manera, según Areán (2003, p. 250) y Valiente (1958, p. 178), la doctrina más moderna distingue entre facultades materiales y jurídicas como facultades que hacen parte o comprenden el contenido del derecho (Alessandri, Somarriva y Vonadovich, 1993, p. 37).

Son facultades jurídicas las que se realizan mediante actos jurídicos²⁴⁴, entre ellos los de disposición, que para ser ejecutados requieren la facultad de disposición (Alessandri, Somarriva y Vonadovich, 1993, p. 51). Para Areán (2003, p. 252) esas facultades se relacionan con el derecho de enajenar, gravar, constituir derechos personales y abandonar, facultades que Ternera (2015, p. 95) denomina “modelo de disposición” respecto de la titularidad real del derecho de propiedad.

²⁴⁴ Massimo Bianca, traducido por Hinestrosa y Cortés (2007, p. 38), define el acto jurídico como cualquier comportamiento humano ya sea operación material o declaración jurídicamente relevante. Los actos jurídicos son fruto de la autonomía privada, la cual, según Massimo Bianca (2007, p. 32), es fundamentalmente el poder de autodeterminación de un sujeto, es decir, el poder del sujeto de decidir respecto de su propia esfera jurídica; sin embargo, la determinación de la esfera jurídica envuelve también la esfera jurídica de otros.

Según Areán (2003, p. 250) las facultades materiales son: el derecho de poseer; el derecho de usar; el derecho de gozar, y el derecho de disponer materialmente. La facultad de goce y disfrute es una de las facultades antonomásticas de la propiedad, en cuanto representa la utilización directa e inmediata del objeto del dominio obteniendo de él las utilidades y beneficios que pueda reportar al propietario, pero sin convertirse en un yugo del titular que le obligue, de hecho, a usar continuadamente la cosa (Lasarte, 2008, p. 57).

El poder de goce, dice Novoa (1979, p. 35), se expresa mediante actos jurídicos cuando se da en arrendamiento la cosa o se celebra cualquier acto jurídico capaz de permitir al propietario una ventaja que no implica la pérdida de ella.

La facultad de goce, según Alessandri, Somarriva y Vonadovich (1993, p. 53), y Lasarte (2008, p. 52), forma parte del contenido normal de la propiedad, y es precisamente la manifestación esencial del conjunto de poderes del propietario que lo autoriza a modificar el destino socioeconómico de la cosa de acuerdo con su personal conveniencia, realizar toda suerte de actos de administración, incluida la transmisión de sus poderes de goce a otras personas, así como obtener cualesquiera frutos o rendimientos que dimanen de la cosa. Sin embargo, tiene un límite: no usar materiales o dispositivos que puedan llegar a constituir un peligro para los extraños.

Aunque no se puede decir, como lo precisan varios autores, entre ellos Peña (1995, p. 585), que las facultades de gozar y disponer son las únicas reconocidas en la ley si son las generales, existen otras como el derecho a vindicar, el de persecución y de preferencia, el derecho de acrecer o acumular, que se son claros en los bienes inmuebles por adherencia, en la accesión y en el derecho a suceder.

De esa manera, expone Lasarte (2008, p. 61), el propietario cuenta con un haz de facultades que en su conjunto forman la denominada facultad de disposición; según este autor, se puede afirmar que la facultad de disposición es precisamente la garantía de libre decisión económica del propietario; como regla, la facultad de disposición comprende la realización de toda suerte de actos jurídicos que tengan trascendencia jurídico-real, culminen o no en la pérdida de la propia condición de propietario por parte del disponente.

La facultad en comento tiene gran relevancia para el análisis que se propone, por lo cual se retoman las explicaciones de Alessandri, Somarriva y Vonadovich (1993, p. 56) para quienes esta facultad requiere de varios supuestos: a. La capacidad de disposición, al menos en la mayor parte de los casos; b. La titularidad del derecho de que se trata o la calidad de representante de ese titular, o la autorización de este o de la ley; c. La aptitud del derecho para ser objeto de la disposición, y d La ausencia de un agente legítimo y extraño que contradiga al acto de disposición; por tanto, explican enfáticamente los autores en cita, no hay facultad de disposición respecto de los bienes ajenos porque no se es titular de ellos o representante del titular.

El profesor Ternera (2015, p. 95) comenta que el poder de disposición se puede definir con el conjunto de permisiones jurídicas que se le conceden al propietario para que realice determinadas conductas relacionadas con la sustancia del bien y con la circulación de su derecho real de dominio; es decir, hay dos modelos de disposición, uno sobre la sustancia del bien y otro respecto de la titularidad del derecho real de propiedad.

Este haz de facultades, utilizando expresiones de Lasarte (2008), ayuda a deducir que, desde la legislación civil, el contenido del derecho a la propiedad es patrimonial, como señala Peña (1995, p. 573), por cuanto el titular tiene todos los poderes que una persona puede ejercer sobre una cosa sin que eso signifique que tenga un contenido económico inmediato, sino que puede ser mediato; además, dentro del patrimonio están incluidos diversos derechos o atribuciones tales como la libertad y la integridad física.

No obstante, precisa Lasarte (2005, p. 39), la propiedad es un fenómeno económico y tiene como razón de su existencia la satisfacción de necesidades humanas de carácter económico (Alessandri, Somarriva y Vonadovich, 1993, p. 35); es más, en el derecho a la propiedad, dice Ruiz Serramalera (1982, p. 189), hay una relación jurídica caracterizada por su valor patrimonial o económico.

En términos económicos, continuando con Lasarte (2008, p. 62), el significado fundamental de la propiedad es su valor de cambio en una economía de mercado, permitiendo al

propietario intercambiar sus bienes o algunas de las facultades que sobre ellos recaen por otros bienes o en definitiva por una denominada masa dineraria.

Sintetizando esta primera parte del capítulo segundo, desde la doctrina civil clásica el contenido del derecho está determinado por las facultades, derechos y deberes derivadas de la propiedad.

Ahora bien, una vez precisado cómo concibe la doctrina civil el tema de los atributos y el contenido del derecho de propiedad, en la siguiente sección de este capítulo, se describen las notas más sobresalientes de la propiedad pública, bajo el supuesto de que algunos de sus elementos también están presentes en el derecho en estudio, lo que alimenta su consideración como un derecho sui géneris.

2.2. Elementos de la propiedad pública

La noción de propiedad pública, según describe Julián Pimiento (2010, pp 34-36), “es orgánica”, ya que es aquella cuyo sujeto activo es una persona pública. Se distingue de la propiedad privada en cuanto el método de su ejercicio es distinto, según lo configuran el Código Civil y la legislación posterior, y por las finalidades y métodos específicos del derecho administrativo. El Estado no es un propietario como los otros, ya que el fundamento de ese régimen especial se limita a una cuestión de causa jurídica –el interés general– y de instrumentos de ejercicio del derecho –gestión pública o gestión privada–.

Cuando se habla de propiedad pública, explica Garrido (1996, p. 15) acudiendo a los conceptos de Graciela Soriano de García Pelayo, lo público se puede entender por su referencia a la totalidad social, por su vinculación con la entidad política, por su relación con la exterioridad o notoriedad; la idea de propiedad pública conduce al uso, goce y disfrute común (Ruggeri, 1996, p. 39); lo público, anota Garrido (1996, p. 16), se vincula con la aplicación de normas jurídico administrativas, persigue fines públicos, se determina conforme a la Constitución y las leyes, y está a cargo de agentes públicos estatales.

No puede haber propiedad pública, anota Pimiento (2010, p. 35), donde no haya persona pública, y no puede haber propiedad privada donde haya persona pública, pero su régimen

jurídico debe ser suficientemente flexible como para permitir la utilización más razonable, social y económica de tales bienes.

En efecto, cuando se habla de propiedad pública hay características que “acontecen en el dominio público estatal” (Tenera, 2015, p. 228) y que, además, son propias de los bienes de uso público, como la inalienabilidad, la inembargabilidad y la imprescriptibilidad²⁴⁵ que, coincidiendo con Balestrini (2013, p. 268), generan la imposibilidad de ser hipotecados.

Según Pimiento (2010, p. 149), estas características recuerdan el tríptico *iura utendi, fruendi y abutendi*, que según la doctrina tradicional hace que un bien no pueda ser objeto de propiedad. Sin embargo, explica el autor (Pimiento, 2010, p. 153), esta visión se ha superado, no obstante, que en el derecho colombiano esas características se perfilan como el régimen de protección por excelencia de los bienes de uso público²⁴⁶. Aún más, como explica Ruggeri (1996, p. 40), la in comerciabilidad es una nota característica de los bienes de dominio público que impide el paso de esos bienes de su régimen público al de derecho civil.

Siguiendo con las explicaciones y aclaraciones de Pimiento (2015, p. 720), y en términos de Arocha (2004, p. 162), las tres *ies* de la propiedad de las comunidades negras son características propias de los bienes de uso público, en los cuales toda la propiedad de una persona pública es puesta a disposición del público mediante un acto jurídico de poder público, para ser utilizado directamente por los particulares con esa finalidad principalmente (Pimiento, 2015, p. 718). Por esas características, según Pimiento (2010, p. 181), se consideraba que los bienes de uso público no tenían una dimensión económica.

²⁴⁵ La información relacionada con el fundamento y el desarrollo histórico de lo que el autor denomina Régimen jurídico de los bienes de uso público, se puede ampliar en Andrés Pimiento (2010).

²⁴⁶ Para Julián Pimiento tradicionalmente se ha considerado que los bienes de uso público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; sin embargo no llegan a perfilarse como atributos de un derecho específico, sino como una limitación del mismo, en aras de la protección de un interés especial que anima la existencia jurídica del bien.

El adjetivo “público” se relaciona con lo general, con lo que pertenece a todos, y siguiendo a Pimiento (2010), debe ser entendido como

... referente a una entidad pública. Si una propiedad es pública quiere decir que pertenece a una persona jurídica de derecho público, nada tiene que ver en esa definición la destinación que tenga dicho bien, así es tan pública una plaza o una calle como cualquier bien fiscal. La destinación o afectación al interés general puede predicarse de propiedades públicas o privadas sin distinción ni gradaciones, ya que es un fenómeno externo a la propiedad y al sujeto titular (2010, p. 147)²⁴⁷.

Sintetizando, la propiedad pública se caracteriza por sus tres elementos básicos: 1. Un régimen jurídico distinto al de la propiedad privada; 2. Agentes del Estado en todos sus niveles que representan y toman las decisiones, y 3. Características especiales como la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

2.3. La propiedad de las comunidades negras

Desde una visión normativista, el artículo 55 transitorio, la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, perfilan los elementos que definen la propiedad de las comunidades negras. Así:

Tabla 4

Descripción normativa de la propiedad de las comunidades negras

| Descripción normativa | Disposición legal | Tipo de propiedad |
|---|-----------------------------|--------------------------|
| Es adjudicada por el Estado mediante un trámite | Artículo 4.º Ley 70 de 1993 | Pública |

²⁴⁷ En este punto es necesario precisar con Ruggeri (1996, p. 40), que la dogmática jurídica criticada por Pimiento (2010) sostiene que el régimen jurídico aplicable al dominio público es sustancialmente diferente al que se aplica a los bienes patrimoniales del Estado y a la propiedad privada, pues se parte del supuesto de que el orden jurídico aplicable a los bienes se divide en dos esferas separadas: una pública y otra privada.

| | | |
|--|---|-----------------|
| oficial. | | |
| Se reconoce propiedad privada en el sentido de que un terreno es de alguien o de determinada familia en las zonas de uso familiar, individual, e incluso en algunas zonas de uso común. | Artículos 5.º y 7.º Ley 70 de 1993. Decreto 1745 de 1995 | Privada |
| Las familias o individuos ejercen actos de disposición sobre las áreas otorgadas en usufructo. | Artículos 5.º y 7.º Ley 70 de 1993. Decreto 1745 de 1995 | Privada |
| Tiene una forma de administración interna conformada por una organización de naturaleza privada denominada consejos comunitarios. | Artículo 5.º Ley 70 de 1993 | Privada |
| Los consejos comunitarios se encargan de delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación. | Artículo 5.º Ley 70 de 1993 | Pública |
| Es inalienable, imprescriptible e inembargable, y a la vez permite la venta condicionada entre sus miembros. | Artículo 7.º Ley 70 de 1993 | Pública |
| Comprende la propiedad sobre bienes que tradicionalmente son de dominio público, como los suelos y los bosques. | Artículo 6.º Ley 70 de 1993 | Pública |
| Está sometida a la servidumbre de terrenos adyacentes. | Artículo 13 Ley 70 de 1993 | Privada |
| Las familias e individuos titulares del derecho tienen deberes estrictos para la conservación y protección de los recursos naturales renovables y no renovables. | Artículo 20 Ley 70 de 1993 | Privada-Pública |

Fuente: elaboración propia con base en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

Teniendo en cuenta la anterior descripción, el fundamento ético y jurídico del derecho en estudio, y el aporte de aspectos de la propiedad privada y la propiedad pública, se observa la presencia de una mixtura de elementos tanto del régimen tradicional de la propiedad privada como de la propiedad pública, que hacen singular el derecho y reafirman la hipótesis de esta tesis.

2.3.1. Convivencia entre la individualidad y la colectividad

De la descripción normativa señalada en el acápite anterior también se puede destacar que en el derecho en estudio se presenta una dualidad que demuestra la existencia de dos aspectos que conviven de forma inescindible en el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras; se trata de la individualidad y la colectividad que, teniendo en cuenta los apuntes de la parte preliminar de esta tesis, están presentes en ese tipo de propiedad.

De acuerdo con la descripción normativa en las comunidades negras el territorio colectivo se distribuye en dos grandes zonas o espacios: de un lado, las zonas de uso colectivo (pueden incluir áreas que incluso estén por fuera del territorio titulado) que comprenden espacios del territorio usados por toda la comunidad y que están inspiradas implícitamente en la postura “Los bienes de uso público no son objeto de propiedad privada”, y por tanto son inalienables, inembargables e imprescriptibles²⁴⁸; y las zonas de uso familiar y/o zonas de uso individual en las cuales se aplica un particular concepto de lo que se denomina desde occidente propiedad privada, como se verá en el próximo capítulo de esta tesis.

Además, la individualidad se ve reflejada en la asignación de áreas a familias o individuos en un consejo comunitario, y en la aceptación de facultades de disposición material del

²⁴⁸ Consejo Comunitario Mayor del Municipio de Unión Panamericana, “Artículo 7.º *Área de uso colectivo*: Entiéndase como área de uso colectivo, el conjunto de plantas, madera, animales, ríos y suelos, y demás recursos que pertenezcan a la comunidad y que no tienen dueños determinados”.

derecho, como la venta, la cesión, la sucesión o el arrendamiento del denominado “usufructo” (sobre este punto volveremos en el próximo capítulo con mayor detalle)²⁴⁹.

En cuanto a la colectividad, la adjudicación del territorio colectivo y la administración por un órgano que lo representa llamado consejo comunitario, la delimitación de espacios de uso por todos los miembros del consejo, la capacidad para la resolución de conflictos a nivel interno, la presentación de permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de los recursos naturales y las prácticas culturales, dan cuenta de ese aspecto²⁵⁰.

²⁴⁹ Son descripciones normativas de la individualidad: “Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad, y en su defecto, en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas (Ley 70 de 1993, art. 7.º). Los adjudicatarios desarrollarán prácticas de conservación y manejo compatibles con las condiciones ecológicas. Las prácticas ambientalmente insostenibles (Ley 70 de 1993, art. 6.º) Aprobar el reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones previstas en el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad. Estos usos deberán ejercerse de tal manera que se garantice la persistencia de los recursos, tanto en cantidad como en calidad. El ejercicio de la caza, pesca o recolección de productos, para la subsistencia, tendrá prelación sobre cualquier aprovechamiento comercial, semi-industrial, industrial o deportivo (Ley 70 de 1993, art. 19)”.

²⁵⁰ La Colectividad se puede ilustrar así: “Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional (Ley 70 de 1993, art. 5.º); en cada comunidad la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable (Ley 70 de 1993, art. 7.º); el correspondiente acto administrativo se notificará al representante de la respectiva comunidad y, una vez inscrito en el registro, constituirá título suficiente de dominio y prueba de la propiedad (Ley 70 de 1993, art. 11); las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque, o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios, o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso (Ley 70 de 1993, art. 19).

De esa manera, cuando se trata de comunidades negras la individualidad y la colectividad en el derecho en análisis es particular porque ambos aspectos permanecen en el derecho e interactúan, y se encuentran permanentemente, pero a diferencia de otros grupos la individualidad es una nota característica y hace diferente el derecho, incluso desde el proceso histórico de su surgimiento, como se vio al estudiar el fundamento ético, porque desde sus orígenes las comunidades distribuían los espacios y reconocían que “algo” es de una familia, familias o individuo, con claras facultades de disposición, lo que hace parecer que la individualidad prima sobre lo colectivo.

Sin embargo, la individualidad y la colectividad, al igual que los elementos de la propiedad pública y la propiedad privada con variaciones, están presentes en el derecho, confluyen simultáneamente, condición que puede ser la fuente de las continuas tensiones que se describen en la sección final de este documento y que, a la vez, también integra los elementos que sientan las bases para su condición de derecho sui géneris.

De igual manera, con base en el origen histórico del derecho, como se explicó en el capítulo primero al hablar del fundamento ético, se puede decir que desde la Ley 70 de 1993 el mito de la colectividad se imagina y ejerce como propiedad comunal, de ahí la separación en áreas colectivas donde aparentemente se concentran la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad, y donde la individualidad se reduce a tener pequeñas áreas de terreno. Pero la realidad, como se verá más adelante al describir el usufructo, en el derecho en estudio presenta los dos componentes con una preeminencia sin

La entidad administradora de los recursos naturales renovables reglamentará concertadamente con las comunidades negras el uso colectivo de áreas del bosque a que se refiere la presente ley, para el aprovechamiento forestal persistente.

Para efectos del aprovechamiento, el procesamiento o la comercialización de los productos forestales que se obtengan en desarrollo de la concesión forestal, la comunidad concesionaria podrá entrar en asociación con entidades públicas o privadas (Ley 70 de 1993, art. 24). Tanto el uso de los bosques que se ejerza por ministerio de ley, como los aprovechamientos forestales con fines comerciales deberán garantizar la persistencia del recurso. Para adelantar estos últimos se requiere autorización de la entidad competente para el manejo del recurso forestal”.

exclusión de un concepto de individualidad que trasciende la sola asignación de pequeños espacios, y se concreta en reconocer que hay facultades materiales para disponer de un derecho en el que la tradición es la que determina las decisiones de cada familia o individuo.

En aras de continuar con esta demostración, en las siguientes líneas se presentan argumentos para ilustrar por qué los atributos tradicionales no se pueden aplicar en el derecho de las comunidades negras teniendo en cuenta que se trata de un derecho diferente.

2.4. La crisis de los atributos tradicionales

Como se anunció en párrafos precedentes, al derecho de propiedad casi que proverbialmente se le han reconocido unos atributos propios de la concepción individualista clásica heredada del derecho romano, y consolidados, según Valiente (1958, p. 175), con la revolución francesa y que tantas legislaciones consagraron, inclusive la nuestra. Esos atributos refuerzan lo que la profesora Tenella (2013, p. 53) señala como la “figura formal y abstracta del pensamiento jurídico” para referirse a la propiedad privada, y respecto de los cuales vale la pena recordar que en la actualidad se han relativizado (Tenella, 2013, p. 206).

Al relacionar esos atributos con el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, incluso desde los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, se evidencia que los “modelos clásicos de dominio individual, aún están presentes” en el derecho en estudio, no obstante ser considerado como un derecho fundamental, tal como lo señaló la Corte en la Sentencia T-680 de 2012^[251]:

²⁵¹ En la Sentencia T-680 de 2012 la Corte: “Revisa el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 28 de enero de 2008, confirmatorio del dictado por una Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 27 de noviembre de 2007, dentro de la acción de tutela iniciada mediante apoderado por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika y por los señores Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez en contra de la Nación – Ministerio de Agricultura – Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) porque el consejo presentó al INCODER una solicitud de titulación colectiva ‘del globo de terreno

En directa conexión con los derechos hasta ahora estudiados, especialmente aquellos relacionados con la subsistencia y con la integridad de la identidad étnica y cultural, aparece lo atinente a la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas y/o afrodescendientes y de las organizaciones que agrupan a sus miembros, *bajo formas jurídicas parcialmente distintas a los modelos clásicos de dominio individual desarrollados muchos años atrás por el Código Civil y sus normas complementarias* (cursiva fuera de texto).

De esa manera, si aún permanecen los atributos clásicos del derecho a la propiedad (la Corte utiliza la expresión “parcialmente distinta”) el interrogante a plantear es: ¿cuáles serían los atributos que se pueden rediseñar para el derecho en estudio, teniendo en cuenta, como dice Gómez (1981, p. 119), que para caracterizar un derecho es importante mirar la actualidad de su ejercicio?

Para dar respuesta a este interrogante se comparan los atributos señalados usualmente por la doctrina que ya se han revisado con los postulados de Ley 70 de 1993, el Decreto 1745 de 1995, y las disposiciones de algunos reglamentos internos de comunidades negras del Chocó²⁵² que demuestran lo que el profesor Grossi (1992, p. 19) consideró indispensable: “Las estructuras no genéricas sino específicas, con órdenes específicos y diversificados requieren diversas y particulares construcciones jurídicas”.

ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario’, para lo cual invocó el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, así como la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, anteriormente referidos; a la cual no se ha dado trámite, con lo cual se vulneran los derechos a derechos de petición, debido proceso, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural y a la autonomía de las comunidades culturales. En esa ocasión, la Corte analizó el tratamiento especial que la Constitución les ha prodigado a las comunidades negras, se refirió al contenido de sus derechos y a los lineamientos establecidos por esta corporación al protegerlos en casos concretos. Así, tras revisar los precedentes que han amparado los derechos a la subsistencia, a la identidad étnica, integridad, a la consulta previa y a la propiedad colectiva de los grupos étnicos, tanto indígenas como afrodescendientes, y confrontarlos con el material probatorio allegado al plenaria el fallo determinó que los accionantes cumplían los elementos objetivo y subjetivo que ‘caracterizan a los grupos diversos de la llamada sociedad predominante’ y ordenó resolver de fondo su petición de titulación colectiva, para garantizar los derechos fundamentales que se les vulneraron por cuenta de dicha omisión”.

²⁵² La selección de los reglamentos se hizo teniendo en cuenta las explicaciones de la parte preliminar.

En consecuencia, para guiar esta parte de la reflexión doctoral se presentan los principales elementos identificados en la revisión de reglamentos internos que inciden en la necesidad de redefinición de los atributos del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia, y que delimitan su concepto de usufructo, como se verá en el próximo capítulo.

Así, en el derecho objeto de reflexión de esta tesis los atributos tradicionales entran en crisis no solo por los anteriores elementos, sino también por el concepto de función social y ecológica asignada a la propiedad privada, que acá es más estricto, y por la misma conceptualización de los atributos tradicionales, ya que parten de enfoques filosóficos en los que prima la relación entre una cosa y un sujeto sin importar nada más, y no se tiene en cuenta que se da más una relación entre sujetos por la defensa de algo (el territorio, la identidad y la subsistencia como pueblo) que por una cosa.

Entonces, vistas las anteriores precisiones, si en esta tesis se ha planteado desde la parte preliminar que el derecho a la propiedad colectiva es un derecho sui generis, los atributos tradicionales no le son aplicables de forma general, por lo que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras no es:

a. *Ni absoluto ni pleno*. El derecho en estudio no es absoluto, porque se presentan variaciones y restricciones más estrictas en la denominada facultad de disposición, por ejemplo, el acto jurídico de enajenación usual, indispensable y característico de la facultad de disposición está condicionado. Artículo 6.º de la Ley 70 de 1993:

Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas.

Además, el carácter pleno y absoluto de la propiedad clásica sufre limitaciones distintas, porque no solo no se puede enajenar en su totalidad, sino porque, además, no se puede constituir prenda o hipoteca; lo anterior, por el carácter de inalienabilidad,

inembargabilidad e imprescriptibilidad que se aplica al título colectivo, y porque no se permite ningún tipo de modificación o gravamen desde el punto de vista formal del derecho adquirido²⁵³.

De igual manera, en este caso las restricciones en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales son más estrictas que las establecidas para cualquier ciudadano por la vigencia de la función social y ecológica de la propiedad establecida en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia de 1991, ya que la Ley 70 de 1993 condiciona el uso de los recursos naturales, como los suelos y los bosques, al desarrollo de prácticas de conservación y modelos especiales de producción que garanticen la persistencia del recurso²⁵⁴.

b. *Exclusivo*. En el derecho a la propiedad colectiva esta característica tampoco opera, porque, en términos de individualidad o de personas físicas, el titular del derecho no es único. La legislación establece como condición para el nacimiento del derecho la

²⁵³ Como muestra el Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Guayabal los artículos 27 y 28 se establece: “Título XI. Uso, aprovechamiento y traspaso de usufructo de territorio asignado a las familias de individuos o miembros del territorio. [...] Artículo 27. Se hará teniendo en cuenta el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993 y el sistema de derecho propio de la comunidad. Artículo 28. Toda persona o familia que vaya a vender o enajenar propiedades individualizadas, tiene el deber de solicitar por escrito a la junta directiva para que se tomen las decisiones conforme a la Ley”.

²⁵⁴ Ley 70 de 1993. “Artículo 6.º. Con respecto a los suelos y los bosques incluidos en la titulación colectiva, la propiedad se ejercerá en función social y le es inherente una función ecológica. En consecuencia, para el uso de estos recursos se tendrá en cuenta lo siguiente: a) Tanto el uso de los bosques que se ejerza por ministerio de ley, como los aprovechamientos forestales con fines comerciales deberán garantizar la persistencia del recurso. Para adelantar estos últimos se requiere autorización de la entidad competente para el manejo del recurso forestal. b) El uso de los suelos se hará teniendo en cuenta la fragilidad ecológica de la Cuenca del Pacífico. En consecuencia, los adjudicatarios desarrollarán prácticas de conservación y manejo compatibles con las condiciones ecológicas. Para tal efecto se desarrollarán modelos apropiados de producción como la agrosilvicultura, la agroforestería u otros similares, diseñando los mecanismos idóneos para estimularlos y para desestimular las prácticas ambientalmente insostenibles”.

conformación de un consejo comunitario encargado de administrar el título colectivo y por ende el derecho.

Además, en su ejercicio no hay indivisión, ya que expresamente se asigna a cada familia²⁵⁵, según las prácticas ancestrales de ocupación, un área material que el Decreto 1745 de 1995 denomina “usufructo”. Cada familia puede identificar el área asignada y ejercer facultades en relación con ella²⁵⁶.

Aunque para algunos, como Ochoa (2011, p. 263), la propiedad colectiva es una “forma de propiedad compartida” que se da una comunidad a través de figuras como el condominio o la propiedad horizontal, para este trabajo esas modalidades de copropiedad²⁵⁷ no se aplican

²⁵⁵ El Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (2002, p. 63) reconoce a cada parentela, o familia extensa, la propiedad sobre sus terrenos de cultivo. El área de propiedad familiar se delimita siempre frente a un río, un caño o una quebrada; este lindero se llama frente. Cada propiedad tiene otros dos linderos laterales, a partir de los cuales empieza el dominio de otra familia. Por su parte, el fondo o centro, que es un área de bosque, es una zona compartida por dos o más comunidades que se ponen de acuerdo para aprovechar sus recursos. Para cada comunidad, los bosques, las minas, las ciénagas y el río son de propiedad colectiva, mientras la casa de habitación, los instrumentos de trabajo y el terreno de cultivo son de propiedad familiar, y las cosas de uso personal de propiedad individual.

²⁵⁶ Reglamento Interno Consejo Comunitario Acaba. “[...] Artículo 16. *Espacios de ocupación familiar*: Son franjas de terreno colectivo en los que cada familia ha realizado tradicionalmente sus prácticas de producción, su cultura, saberes ancestrales y demás valores étnicos. En tal sentido el Consejo Comunitario reconocerá a cada grupo familiar su ocupación y explotación tradicional expidiendo la respectiva resolución de usufructo”. Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro. “[...] Artículo 33. Parágrafo Uno. También son poseedores de espacios de pertenencia familiar, las familias de los renacientes y personas nativas que han retornado al territorio después de largos períodos de ausencia, a las cuales les ha sido asignada una parte del territorio para sus actividades productivas y vivienda bajo los términos considerados en el presente reglamento”.

²⁵⁷ La copropiedad se extingue bien sea por “... la reunión de cuotas de todos los comuneros en una sola persona, por destrucción de la cosa común, por la división o partición del bien común y por prescripción”: Vélez Rojas (2014, p. 161). Situaciones que no se pueden presentar debido a las limitaciones impuestas por la Ley 70 de 1993. Obsérvese lo que explica Adrogué (1991, p. 22) en cuanto al rechazo de la figura del

al derecho en estudio, por cuanto el titular del derecho es uno (el consejo comunitario) aunque esté integrado por varias familias o individuos quienes “están legitimados para usar, utilizar o modificar” (Lasarte, 2005, p. 50.) el derecho con las restricciones impuestas por la ley o por sus reglamentos internos. Diferente es que los actos de disposición jurídica y material puedan ser ejecutados de forma diversa a la tradición civilista.

Además, las comunidades negras realizan asignaciones, traspasos, divisiones materiales sobre el objeto del derecho²⁵⁸. Así, no hay “cuotas abstractas o matemáticas” (Arteaga, 1994, p. 65) ni partes, alícuotas o proporciones de derecho, porque el área asignada en usufructo pertenece por siempre a cada familia o individuo según sus costumbres²⁵⁹. No hay división en cuotas iguales como sucede en la copropiedad, sino división según la

condominio por los romanos, ya que esta figura hace parte de la concepción del carácter absoluto de la propiedad y en general de los derechos reales.

²⁵⁸ Como muestra el Reglamento Interno del Consejo Comunitario Acaba. Artículo 18 Parágrafo. “Los límites que se fijen para las tierras individuales y familiares serán de acuerdo con el terreno, respetando los mojones tradicionales”.

²⁵⁹ La idea errónea de asimilar la propiedad colectiva de las comunidades negras con la propiedad de la legislación civil se evidencia, incluso, en los propios reglamentos internos de algunas comunidades que asignan tiempo de vigencia al usufructo (20 años) y establecen como parte del procedimiento la elevación a escritura del usufructo y su registro en la oficina de instrumentos públicos. O utilizan expresiones como comuneros, tierra ejidal, avcendados como se puede ver en la propuesta del Reglamento Interno para el uso y manejo del territorio de COCOMOPOCA. “[...] Artículo 6.º. El título colectivo o los comuneros podrán celebrar cualquier acto jurídico no prohibido por la ley para el mejor aprovechamiento de las tierras colectivas, así como para la comercialización y transformación de productos, la prestación de servicios, y cualesquiera otros objetos que permitan a los comuneros el mejor desarrollo de sus actividades. Artículo 7.º. Así también el Título Colectivo o sus integrantes, podrán constituir fondos de garantía para hacer frente a las obligaciones crediticias que contraigan, los cuales se crearán y organizarán de conformidad con los lineamientos que dicten las autoridades federales [...] Artículo 41. Para ser integrante del comisado ejidal o del Comité Territorial se requiere [...]; otro ejemplo es el Reglamento del Consejo Comunitario de San Isidro. “[...] Artículo 66. *Usufructo*. Es la adquisición temporal del dominio de una cosa. En el caso del Consejo Comunitario por tratarse del manejo del territorio esa cosa se traduce a un bien raíz para su uso y goce por parte del usufructuario, obteniendo éste las utilidades de la cosa, mientras que el dueño conserva la propiedad a futuro”.

ocupación ancestral; no hay división del derecho sino asignación de espacios, de áreas, como se definió en la Ley 70 de 1993.

En la propiedad colectiva la venta está restringida a los miembros del consejo comunitario o del grupo étnico en general, lo cual contradice lo que ocurre con la copropiedad o condominio, en la cual, según Arias (2008, p. 187), uno de los principalísimos derechos de los comuneros o copropietarios es el de vender sus cuotas en el momento en que quieran y sin que requieran el consentimiento de los demás copartícipes.

En las figuras de copropiedad se pueden constituir gravámenes como el embargo o la hipoteca, aun sin el consentimiento de los demás copartícipes, y se puede solicitar la disolución de la cosa en común, mientras que en la propiedad colectiva de las comunidades negras, aunque existe libertad de disposición material esta no es total, como lo sería en un propietario privado, pues se requieren, como se ha visto, algunas aprobaciones por los órganos de la comunidad.

Además, el condominio, y en general la copropiedad, dice Adrogué (1991, p. 50), es diferente a la propiedad colectiva, porque en esas figuras la cosa y la función económico-social admiten la titularidad singular. De forma que en la propiedad colectiva, como bien lo expuso Grossi (1992, p. 26), no se puede evocar la imagen de una propiedad no individual como el condominio.

Puesto que en las líneas anteriores se identificaron diferencias entre la copropiedad (condominio) y la propiedad colectiva de las comunidades negras, en la siguiente tabla se resumen esas diferencias:

Tabla 5

Comparación entre la propiedad colectiva y el condominio

| Copropiedad | Propiedad colectiva de las comunidades negras |
|-----------------------------------|---|
| El titular del derecho es plural. | El titular del derecho es colectivo. |

| | |
|---|--|
| Existe división del derecho por cuotas abstractas y porcentajes matemáticos, donde cada copropietario tiene una cuota ideal. | No hay división del derecho sino asignación de áreas según las reglas de la ocupación ancestral. |
| No hay separación de las facultades propias del derecho de propiedad, pues todos los sujetos titulares del derecho tienen las mismas facultades (uso, goce y disposición). | Hay desconcentración de las facultades derivadas del derecho de propiedad y no todos los titulares del derecho pueden ejercer las mismas facultades (p. ej., una familia tiene el goce, pero no puede embargar o dar en prenda el título colectivo). |
| Se deben pagar gastos en proporción a la cuota parte para la administración y sostenimiento de la copropiedad. | No se establece pago de cuotas porque hay una asignación de áreas de terreno mas no de cuotas o porcentajes. |
| Hay libertad de disposición según la voluntad del propietario (p. ej., se conserva el derecho a enajenar y disponer de las cuotas aun sin el consentimiento de los otros, la venta no tiene límites). | La libertad de disposición está condicionada y restringida por la ley y los acuerdos internos de cada comunidad. |
| Los frutos de la cosa se perciben de acuerdo con la cuota que se tiene sobre la cosa. | Los frutos que se generan por la explotación de los recursos naturales y de los terrenos en general, son dispuestos de acuerdo con las prácticas tradicionales de cada comunidad. |
| En caso de conflictos por la propiedad se acude a la jurisdicción ordinaria, incluso en la jurisdicción civil se pueden tomar decisiones en la administración de la cosa común. | En caso de conflictos la Junta del Consejo Comunitario y los órganos y espacios creados al interior de cada consejo comunitario dirimen la cuestión, y la administración del derecho la realiza cada consejo según la legislación especial y las normas de derecho propio. |
| La propiedad es embargable en tanto que se permite que los comuneros o copropietarios ejerzan el derecho a vender sus cuotas. | La propiedad no es embargable por expresa disposición del artículo 63 de la Constitución de 1991 y de la Ley 70 de 1993. |
| Los órganos que administran la copropiedad tienen remuneración por el ejercicio de sus funciones. | Los órganos que administran los consejos comunitarios no tienen contemplado en la ley una asignación de recursos por el ejercicio de sus funciones. |

| | |
|---|---|
| Cualquier titular puede pedir la disolución de la cosa. | Los integrantes del consejo no tienen la facultad de pedir la disolución del consejo, porque este se constituye para recibir el derecho a la propiedad y para administrar los territorios colectivos de las comunidades negras. |
| Se generan obligaciones en dinero como el pago de expensas para la conservación de la cosa común. | Las obligaciones no se traducen en dinero y están destinadas principalmente a la conservación del territorio, sus recursos naturales y las prácticas tradicionales de cada comunidad. |

Fuente: elaboración propia a partir de documentos doctrinales.

c. *Perpetuo*. Esta característica se entiende de manera diferente cuando se trata del derecho en estudio. Es perpetuo no por su duración ilimitada sino porque, una vez adquirido el derecho, el consejo comunitario no lo pierde por transcurso del tiempo, no puede transmitirlo ni renunciar a él, inclusive puede ser restituido por actos como el desplazamiento forzado por el que han pasado comunidades negras como consecuencia del conflicto armado que sufre el país²⁶⁰.

²⁶⁰ En el libro de C. Rodríguez, T. Alfonso e I. Cavelier (2009) *Raza y derechos humanos en Colombia. Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CIJUS), los autores señalan: “En el contexto del conflicto armado colombiano, la población afrocolombiana sufre violaciones particularmente graves de sus derechos. Esta afectación se manifiesta especialmente cuando se analizan las cifras y los casos en relación con dos temas: el desplazamiento forzado y la vulneración del derecho al territorio. Las cifras disponibles confirman que el desplazamiento forzado ha afectado de manera particular a este sector de la población. Según datos de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), se trata de la minoría étnica más numerosa entre el grupo de personas desplazadas en Colombia. De hecho, representan casi la cuarta parte de la población desplazada del país (22,5%). En total, el 12,3% de los afrocolombianos se encuentran en situación de desplazamiento forzado (CODHES, 2008). Además, existen reportes fidedignos de desplazamientos masivos que han afectado especialmente a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas (Comisión Colombiana de Juristas, 2007). La situación es especialmente grave en los territorios que han sido titulados colectivamente a comunidades negras en el Pacífico. Un total de 252.541 personas han sido expulsadas en los 50 municipios en los que se encuentran dichos territorios

d. *Independiente*. Este es otro atributo que no se cumple cuando se trata del derecho de las comunidades negras, ya que no se adquiere por los modos originarios descritos en el artículo 673 del Código Civil colombiano²⁶¹ sino por expresa voluntad de la comunidad que decide crear un poblado²⁶², y del Estado colombiano, que mediante un acto administrativo (resolución) le da nacimiento formal al derecho²⁶³.

(Afrodes y Global Rights, 2007). Esta cifra representa el 79% de la población que está registrada como sujeto de derecho a la titulación colectiva (Afrodes y Global Rights, 2007). Los datos muestran, además, que la población afrodescendiente desplazada se encuentra en peores condiciones de vida que otros grupos desplazados. En efecto, el 30% de las personas afrocolombianas en esta situación no tuvieron dinero para comer por lo menos un día a la semana, frente al ya preocupante 15% de la población desplazada mestiza; el 69% no asisten a ninguna institución educativa [...] La situación se hace más dramática porque, junto al desplazamiento, las comunidades negras son víctimas de dos fenómenos menos visibles, pero igualmente violatorios de sus derechos: el confinamiento y la resistencia” (pp. 72, 73).

²⁶¹ Cfr. parte preliminar de esta tesis.

²⁶² Según el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (2002, p. 64): “El proceso de poblamiento ocurre en varias etapas. En una primera fase un nativo con residencia permanente en una parcela cercana, producto de un desmonte anterior, abre un claro sobre el dique del río, para dedicarlo a la agricultura. Los productos escogidos son plátano y/o arroz o maíz. Estos diques son franjas lineales, cuya altura los hace menos propensos a las inundaciones. Con materiales de la tumba construye un pequeño tambo o trabajador, que por lo general no ocupa más de 10 a 15 metros cuadrados y que con el tiempo es mejorado. En una segunda fase ocurre el traslado e instalación de la familia a esta parcela convirtiéndose en lugar de residencia definitiva. Por invitación del fundador llega otro campesino, por lo general familiar, conformándose el hábitat bifamiliar asociado de producción, con prácticas laborales solidarias. En esta tercera fase las dos viviendas continúan separadas por las plantas y los frutales. En una cuarta fase se va organizando un primer nivel de agrupación residencial multifamiliar en el cual familias parientes o amigas se radican en forma discontinua sobre el terraplén. En la quinta fase se da la separación definitiva entre hábitat de producción y hábitat de residencia”.

²⁶³ Ley 70 de 1993. “Artículo 11. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, en un término improrrogable de sesenta (60) días, expedirá los actos administrativos por medio de los cuales se adjudique la propiedad colectiva a las comunidades de que trata la presente ley. El correspondiente acto administrativo se

De igual manera, el derecho a la propiedad colectiva no se puede ejercer con independencia de otros derechos y sujetos, por cuanto existe una relación de interdependencia con los demás derechos de este grupo étnico gobernados por los lazos extensos de parentesco entre los integrantes de cada comunidad. No se trata de que un derecho derive del otro, sino que todos se necesitan para la garantía de la existencia del grupo étnico²⁶⁴.

notificará al representante de la respectiva comunidad y, una vez inscrito en el competente registro, constituirá título suficiente de dominio y prueba de la propiedad”.

²⁶⁴ Con respecto a la importancia del derecho a la propiedad colectiva, específicamente en un escenario constitucional de comunidades negras, la Corte Constitucional de Colombia dice en la Sentencia T-680 de 2012: “En directa conexión con los derechos hasta ahora estudiados, especialmente aquellos relacionados con la subsistencia y con la integridad de la identidad étnica y cultural, aparece lo atinente a la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas y /o afrodescendientes y de las organizaciones que agrupan a sus miembros. Este derecho, reconocido tanto por la actual Constitución Política como por instrumentos internacionales admitidos como parte integrante del bloque de constitucionalidad, sobre todo el referido Convenio 169 de la OIT, responde a una circunstancia propia que, aunque con matices, se encuentra presente en la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales, entre ellos los grupos y comunidades afrodescendientes existentes en Colombia. Se trata de la gran importancia que todos ellos atribuyen a los territorios en los que se encuentran asentados y a su permanencia en los mismos, la cual supera ampliamente el normal apego que la generalidad de los seres humanos siente en relación con los lugares en los que ha crecido y pasado los más importantes momentos y experiencias de sus vidas, o en aquellos en los cuales habitaron sus ancestros. Este sólido vínculo de pertenencia se explica además en otras circunstancias propias y frecuentes en estas poblaciones, entre ellas el sentido de comunidad, así mismo fuerte, y en cualquier caso superior al que suelen experimentar los miembros de los grupos humanos que habrían de considerarse mayoritarios o predominantes en muchos países occidentales, la presencia de factores relacionados con la espiritualidad y la cosmovisión propias de tales comunidades, así como la existencia de prácticas de subsistencia caracterizadas por la autosuficiencia alimentaria asociada al aprovechamiento del territorio, igualmente típicas y frecuentes en estos grupos étnicos más que en otros. Todo lo anterior justifica entonces que las normas antes referidas, tanto constitucionales como internacionales, hayan reconocido este derecho, que para nuestro caso tiene categoría de derecho fundamental, estableciendo además mecanismos adecuados para su defensa y efectividad”. La Corte resaltó en ese fallo la importancia que la propiedad colectiva de la tierra, reconocida por la Constitución, tiene para la efectiva vigencia del derecho a la subsistencia de estas comunidades, en cuanto “su existencia está estrechamente ligada a la posibilidad de continuar desarrollando sus formas tradicionales de

La propiedad colectiva tiene interdependencia con derechos culturales y contribuye al auto-reconocimiento y a la identidad cultural, debido a que bajo esa forma de propiedad se protege el derecho al territorio reconocido tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la jurisprudencia colombiana, como condición indispensable para la existencia y reproducción de la identidad e integridad cultural (Acción Social, Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, 2010, p. 36).

Explica Coronado (2006, pp. 50, 68) que el derecho al territorio es un derecho cultural que posibilita la realización de derechos sociales, civiles y políticos y, por ende, es un derecho fundamental, y señala que es un derecho vector porque genera condiciones para la garantía de un catálogo más amplio y más ambicioso de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la protección del medio ambiente y a la educación, que en general significa la garantía y protección del derecho fundamental a la vida de esos grupos humanos (Coronado, 2006, p. 68). Esa condición del derecho en estudio, pero en relación con el

producción, entre ellas la caza y la pesca, así como determinados cultivos, además de constituir su espacio natural. Así, pues, la anterior enumeración no exhaustiva de precedentes relevantes, permite apreciar la importancia del derecho fundamental a la subsistencia de las comunidades indígenas y, como se ha explicado, también de las comunidades negras, derecho cuya efectiva realización está íntimamente ligada a la defensa de los restantes derechos fundamentales de estos grupos minoritarios, de cuyos alcances se ocupa ahora la Sala. De otra parte, en la Sentencia T-955 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte precisó que “el derecho a la propiedad colectiva de los territorios de las comunidades negras implica para éstas el derecho a usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios con criterios de sustentabilidad, y dentro del marco de las limitaciones establecidas en las leyes aplicables, para el caso las contenidas en el Decreto Ley 2811 de 1974, Código de los Recursos Naturales Renovables, que pese a las tácitas modificaciones contenidas en leyes posteriores, se encuentra aún vigente a la fecha, en su mayor parte. Consideración que a su turno condujo a concluir que las actividades de explotación maderera que se venían adelantando dentro del territorio colectivo debieron haber sido objeto de consulta previa con los representantes de esta comunidad”

derecho a gozar de un ambiente sano, fue lo que recientemente denominó la Corte Constitucional “derechos bioculturales”²⁶⁵.

Sintetizando, la propiedad colectiva reconocida a las comunidades negras en Colombia no es ni exclusiva, ni perpetua, ni absoluta, lo que exige la construcción de otros elementos de interpretación que permitan redefinir atributos propios para un derecho diferente.

2.5. La redefinición de atributos para un derecho diferente

Algunos elementos que se han identificado en los dos capítulos anteriores, entre ellos el antecedente histórico del derecho, el concepto de familia y de parentesco, así como el ejercicio de prácticas culturales, redefinen los atributos del derecho en estudio. Sin desconocer que, por expresa disposición constitucional y legal, al derecho se le asignan algunos atributos como la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad.

De esa forma, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras tiene los siguientes atributos especiales que lo diferencian de otro tipo de propiedad:

1. Es *dualista*. Como se ha visto, el derecho a la propiedad de las comunidades negras tiene elementos tanto de la propiedad pública como de la propiedad privada y de forma simultánea; los elementos no se excluyen y no prima uno sobre otro, coexisten.

El derecho es privado ya que no es ni del Estado ni de una entidad que lo representa, sino que se trata de familias o de individuos que ancestralmente han ocupado un territorio y

²⁶⁵ La Corte Constitucional de Colombia mediante la Sentencia T-622 de 2016, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio reconoció al Río Atrato del departamento del Chocó, como un sujeto de derechos, respecto de los derechos bioculturales señaló: “En su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios –de acuerdo con sus propias leyes, costumbres– y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente”.

construido unas prácticas culturales que los identifican. Asimismo, es privado porque protege los intereses de una comunidad en particular y no de la sociedad en general²⁶⁶.

En este punto es bueno cuestionar qué determina que la propiedad de las comunidades negras sea catalogada como privada²⁶⁷, ya que “la norma dispone que los Consejos Comunitarios son personas jurídicas sin que se determine si son de derecho público o privado” (Ministerio del Interior, Dirección General para comunidades negras, minorías étnicas y culturales, 2001, p. 9); aún más, ningún texto legal utiliza la expresión “propiedad privada” para referirse a este tipo de propiedad.

Intentando encontrar respuestas, esa postura se puede atribuir al hecho de pertenecer a los particulares (comunidades) ya que, por tratarse de cosas que comprenden los bienes que constituyen parte del patrimonio de los individuos o particulares, como explica Gómez (1999, p. 34), se convierten en elementos que la distinguen como propiedad privada.

²⁶⁶ Según Pimiento (2015, p. 240-241) “El derecho ejercido sobre bienes de uso público es un dominio eminente; esta es la fórmula tantas veces repetida por la jurisprudencia y la doctrina sin que se sepa con claridad cuál es su contenido o definición. En Colombia el dominio eminente ha sido objeto de varias decisiones judiciales en las cuales se analizaron los derechos y deberes de las personas de derecho público frente a los bienes de uso público; referencia que no hace parte de una construcción teórica de estos bienes, sino que sirve simplemente de soporte argumentativo de contenido variable según el caso concreto. Se trata de una forma estilística cuyas consecuencias son muy importantes; el dominio público ha sido utilizado con el fin de excluir de manera genérica el derecho de propiedad, como el derecho que se ejerce respecto de los bienes de uso público como sinónimo de propiedad pública, o finalmente como expresión de la soberanía”.

²⁶⁷ Por ejemplo en un documento relacionado con los consejos comunitarios y elaborado por la Dirección General para Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del Interior se indicó: “Mientras no exista una norma positiva que señale que los Consejos Comunitarios son entidades de derecho público, éstos deberán sujetarse a la normatividad que regula a las personas jurídicas de derecho privado, lo cual trae como consecuencia que debe existir una coordinación con las demás entidades públicas y privadas, para la consecución de los fines de la comunidad negra del país” (2001, p. 9).

En cuanto al derecho privado, este también tiene algunas solemnidades creadas a partir de la Ley 70 de 1993, como el registro²⁶⁸ en instrumentos públicos del acto administrativo por el cual se adjudica el derecho, que constituye, al igual que en la propiedad privada, título suficiente de dominio y prueba de la propiedad.

Asimismo, es un derecho oponible a terceros que intenten poseer de mala fe el territorio ocupado por estas comunidades, como se ilustra en el artículo 15 de la Ley 70 de 1993^[269].

Del derecho privado, con algunas restricciones, conserva ciertos actos de la facultad de disposición, como la enajenación al interior del grupo, el arrendamiento de tierras, la compra, venta y registro del derecho de usufructo o de las áreas asignadas a un grupo familiar, o a miembros de la comunidad o del mismo grupo étnico, permitiendo la divisibilidad material de un derecho reconocido de forma colectiva.

Además, se pueden constituir servidumbres²⁷⁰ y se cuenta con una estructura interna similar a la de una fundación sin ánimo de lucro o una sociedad regulada por el derecho comercial.

La propiedad es de una persona más que de naturaleza privada de carácter cultural e histórico, se trata de una comunidad en particular, un conjunto de familias, así se ha previsto desde su origen histórico. Por lo tanto, los actos de disposición se realizan no solo

²⁶⁸ Ley 70 de 1993. “Artículo 16. Los servicios de titulación colectiva en favor de las comunidades negras de que trata la presente ley serán gratuitos y por la inscripción y publicación de las resoluciones de adjudicación que expida el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria no se cobrará derecho alguno”.

²⁶⁹ Ley 70 de 1993. “Artículo 15. Las ocupaciones que se adelanten por personas no pertenecientes al grupo étnico negro sobre las tierras adjudicadas en propiedad colectiva a las comunidades negras de que trata esta ley no darán derecho al interesado para obtener la titulación ni el reconocimiento de mejoras y para todos los efectos legales se considerará como poseedor de mala fe”.

²⁷⁰ Ley 70 de 1993. “Artículo 13. Las tierras adjudicables se someterán a todas las servidumbres que sean necesarias para el desarrollo de los terrenos adyacentes. Recíprocamente, las tierras aledañas que continúen siendo del dominio del estado se someterán a las servidumbres indispensables para el beneficio de los terrenos de las comunidades, de acuerdo con la legislación vigente”.

pensando en “resultados económicamente efectivos” (Perea, 2010, p. 1) sino en la supervivencia de un grupo de acuerdo con sus prácticas y acuerdos propios.

Por lo anterior, la propiedad amparada bajo el derecho en estudio podría catalogarse de forma excluyente como privada más por el criterio “organicista” señalado por Pimiento (2010) que por su destinación. Sin embargo, hay otras particularidades que no permiten encuadrar definitivamente a la propiedad de las comunidades negras como totalmente privada.

Así, además de la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad, posee elementos de la propiedad pública como los recursos naturales que benefician a todo el país; además, tradicionalmente en la legislación colombiana (aunque ya se precisó arriba en nota al pie con las explicaciones del profesor Pimiento [2010] que es una concepción o incorporación errónea del concepto de dominio público), salvo derechos adquiridos, son considerados como de dominio público (suelos y bosques) (utilizando la expresión dominio público como sinónimo de propiedad pública)²⁷¹.

Hay que hacer notar que por dichas características también se ha planteado que el derecho en estudio no tiene una finalidad económica; aún más, que las tierras de las comunidades negras están, como lo describió, entre otros, Perea (2010, p. 1), fuera del comercio.

²⁷¹ Así se puede observar en el enunciado de los artículos 42 y 80 del Código de los Recursos Naturales Renovables, respecto de los cuales Gonzáles Villa (2006, p. 116) adoptó una posición diferente a la de Pimiento (2010), pues los mencionados artículos 42 y 80 consagran que la propiedad de los recursos naturales renovables es de la Nación o del Estado, lo que demuestra una referencia al dominio público afectado al uso público y no al dominio o propiedad, como la define el Código Civil colombiano, es decir, como el derecho a usar, gozar y disponer ya que el Estado es más bien el administrador en nombre de la comunidad.

Otro aspecto que también podría endilgarse como público tiene que ver con algunas de las funciones asignadas al máximo órgano de administración interna de esas comunidades, que son de la misma naturaleza de las funciones atribuidas a las autoridades públicas²⁷².

²⁷² Ley 70 de 1993. “Artículo 6.º. *Funciones de la Asamblea General*: 1. Nombrar las personas que la presidan, las cuales deberán ser diferentes a los miembros de la Junta del Consejo Comunitario. 2. Elegir los miembros de la Junta del Consejo Comunitario y revocar su mandato de acuerdo con el reglamento que establezca la Asamblea. 3. Determinar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y disciplinario de la Junta del Consejo Comunitario. 4. Aprobar el reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones previstas en el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad. 5. Aprobar o improbar los planes de desarrollo económico, social y cultural que formule la Junta del Consejo Comunitario. 6. Decidir sobre los temas que por mandato de este decreto y los reglamentos internos de la comunidad sean de su competencia. 7. Aprobar la delimitación de las Tierras de las Comunidades Negras que serán solicitadas en propiedad colectiva, con base en la propuesta formulada por la Junta del Consejo Comunitario. 8. Proponer mecanismos y estrategias de resolución de conflictos de acuerdo con las costumbres tradicionales de la comunidad. 9. Reglamentar y velar por la aplicación de normas del sistema de derecho propio de las comunidades negras. 10. Determinar mecanismos internos que fortalezcan la identidad étnico-cultural y que promuevan la organización comunitaria. 11. Velar por el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales de conformidad con la legislación ambiental y las prácticas tradicionales de producción y demás que garanticen el manejo sustentable de los recursos naturales. 12. Elegir al representante legal de la comunidad, en cuanto persona jurídica. 13. Darse su propio reglamento”. – Estas funciones muestran que a la autoridad ambiental le corresponde velar por el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, de conformidad con la legislación ambiental y las prácticas tradicionales de producción y demás que garanticen el manejo sustentable de los recursos naturales. – Son similares las funciones de un inspector de policía o de un comisario de familia en cuanto a la resolución de conflictos que se presentan en la comunidad. – A la junta del Consejo le corresponde hacer de amigable componedor en los conflictos internos, ejercer funciones de conciliación en equidad y aplicar los métodos de control social propios de su tradición cultural. – Llevan un sistema de registro poblacional y realizan censo a nivel interno de los integrantes de cada consejo comunitario. – Determinan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y disciplinario de la Junta del Consejo Comunitario al igual que lo haría el Congreso o el Consejo Nacional Electoral. – Aprueban a través de la Asamblea General los reglamentos de administración territorial y manejo de los recursos naturales, planes de desarrollo económico, social y cultural que formule la Junta del Consejo Comunitario como lo haría un Concejo municipal. Vale la pena reiterar que tal adjudicación le otorga a las comunidades negras derechos

Así las cosas, el derecho en estudio sería más bien dualista, porque tiene al mismo tiempo tanto de público como de privado, sin que pueda clasificarse en una u otra área del derecho. Bien ha dicho Rodotá (1986, p. 40) que es evidente la necesidad de examinar la cuestión de la propiedad con una óptica no solo diversa de la que tradicionalmente se designa mediante la contraposición público-privado, sino que el surgimiento del momento colectivo impone una revisión de la extensión y de los límites de las tradicionales áreas pública y privada. En el derecho en estudio se presenta lo que Pimiento (2010, p. 18) denomina la dicotomía dominio público-dominio privado sin que prevalezca una sobre la otra.

En este derecho trasciende lo que Pupolizio (2014) describía como “*della complessità del diritto contemporaneo, ovvero la sua tradizionale bipartizione in pubblico e privato*”, es decir, la clásica división entre público y privado cuando se trata del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, o el conflicto y diferenciación descrito por Resta (2013, p. 11) entre público y privado, no existe.

En resumen, el derecho en estudio es dualista: protege una forma de propiedad que está en una “escala intermedia entre lo público y lo privado, que en tanto tiene unos dueños claramente determinados es privada, pero que su uso, funciones y características le dan signos públicos” (Olof, Mozzot y Caicedo, 2003, p. 26). Sin embargo, reiterando lo planteado por Ochoa (1995, pp. 247, 248,249), es distinta de lo privado y de lo público porque tiene tanto de lo uno como de lo otro, sin que pueda encasillarse en una sola categoría.

2. Es *restrictivo en la facultad de disposición*. Aunque admite la facultad de disposición del derecho, el uso y aprovechamiento del territorio y sus recursos está sometido a un reglamento interno acordado por las comunidades. Además, por las limitaciones impuestas por la Ley 70 de 1993, el titular del derecho no puede modificar su finalidad y destino, pero

sobre los recursos que tradicionalmente (con las aclaraciones de párrafos precedentes), son de dominio público, como son el suelo y los bosques (art. 6.º, Ley 70 de 1993) es decir, las comunidades negras son propietarias formales del suelo y los bosques ubicados en sus territorios.

puede enajenar parcialmente su derecho, arrendarlo y transmitirlo por causa de muerte, de acuerdo con las relaciones extensas²⁷³ de parentesco que tiene cada comunidad.

De esta manera, lo que Montés (1980, p. 48) llamó “poderes paradigmáticos”, refiriéndose a las facultades clásicas del derecho de propiedad (uso, goce y disposición) en el derecho en estudio, tienen restricciones distintas y extensas, ya que, además de las limitaciones normales del derecho a la propiedad, se dan restricciones especiales establecidas por la Ley 70 de 1993 y por el reglamento interno de cada comunidad (en los reglamentos se establecen los usos permitidos o restringidos, y la orientación del uso²⁷⁴).

3. Es *particular y parcial o desconcentrado*. Los tres derechos usuales del derecho a la propiedad, que se ejercen en virtud del dominio adjudicado a la comunidad, se pueden asignar a diferentes titulares: por ejemplo, el uso lo puede tener una familia y el usufructo otra, bien sea por reglas de la herencia o por venta o arrendamiento²⁷⁵, y la autoridad de gobierno de la comunidad tiene lo que desde el derecho civil clásico sería la facultad parcial de disposición.

No hay una desmembración del derecho como tradicionalmente sucede porque todos son titulares del derecho a la propiedad. De ahí que, utilizando expresiones del derecho

²⁷³ En la propuesta de las comunidades negras para la reglamentación del artículo 55 transitorio se definen esas relaciones extensas bajo el concepto de lo que Arocha (1992) llama familia extendida. En el artículo 4.º de la propuesta se define familia extendida como el conjunto de parientes consanguíneos de primer grado, en línea directa o colateral, a pesar de ser de otro grado a nivel biológico. Dentro de este concepto se involucra a parientes afines y al parentesco por compadrazgo, que crean y recrean relaciones de derechos y deberes (Diócesis de Quibdó, 1993. p. 7).

²⁷⁴ Por ejemplo, en el párrafo del artículo 18 del Reglamento Interno del ACABA se consagra: “Los límites que se fijen para las tierras individuales y familiares serán de acuerdo con el terreno, respetando los mojones tradicionales”.

²⁷⁵ Por ejemplo, una familia puede permitir que otra siembre su colono en sus terrenos. Cuando llega la época de la cosecha la familia que lo sembró, con ayuda de otros miembros de la comunidad, recoge los frutos.

administrativo, se propone hablar de desconcentración²⁷⁶ más que de desmembración de facultades, porque en ese derecho se distribuye entre los miembros del grupo el ejercicio de las facultades clásicas del derecho a la propiedad, respetando y reconociendo la organización y estructura interna de cada consejo comunitario, de modo que no hay una repartición del derecho sino una distribución de usos permitidos y prohibidos.

Aún más, los miembros del consejo comunitario tienen responsabilidades compartidas tales como velar por la conservación y protección del medio ambiente, y deben acatar las decisiones tomadas por sus órganos de administración interna.

4. Es *imprescriptible*. Con un significado diferente al que aporta la legislación civil, ya que en un territorio de comunidades negras, una familia o individuo no pierde la propiedad por ausencia, se conserva por siempre y se trasmite por herencia.

Además, como según las reglas de la legislación civil no opera la prescripción, una vez se reconoce el derecho este se mantiene, no es reemplazado ni se otorga por un tiempo determinado, sino que se respetan las reglas de parentesco y los acuerdos internos de cada comunidad, por eso es un derecho de duración ilimitada.

²⁷⁶ En el texto de J. Ayala (2009). *Estructura de la rama ejecutiva en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, se define desconcentración como radicar competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. En el acto correspondiente se determinan los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Es un atenuante a la centralización administrativa, que trae consigo el desplazamiento de facultades a los mismos órganos centralizados. Las características de la desconcentración incluyen que 1. Se atribuyen competencias limitadas en forma exclusiva y permanente; 2. Normalmente es parcial, es decir, se transfiere una parte de las competencias; 3. Las competencias se atribuyen a órganos jerárquicamente subordinados; 4. La dispone la ley, por lo que es de origen legal, 5. El superior jerárquico controla la actividad del órgano desconcentrado, y 6. Se trata de un fenómeno puramente funcional.

5. Es *histórico*. Tiene su origen y fundamento en los antecedentes históricos de la conformación de la respectiva comunidad²⁷⁷ analizados en el capítulo primero al describir el fundamento ético del derecho.

6. Es *consensuado*. Como se trata de un derecho que de forma simultánea es en parte individual y en parte colectivo, los integrantes de cada comunidad negra deben establecer en sus reglamentos internos mínimos y máximos frente al uso y aprovechamiento del territorio²⁷⁸.

²⁷⁷ El señor Nevaldo Perea, líder de las comunidades negras del Chocó, en comunicación dirigida a los integrantes de la Comisión Especial integrada para reglamentar el artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991 sobre el origen histórico de los derechos de las comunidades y su organización expresó: “Ha llegado el momento histórico del pueblo negro en Colombia de reclamar nuestros derechos que por más de 450 años nos han negado. Es por esto que nos encontramos todos juntos en este recinto, para que el Gobierno Nacional se dé cuenta que en el Chocó hay comunidades organizadas y no es, como se dijo en la Asamblea Nacional Constituyente que los negros no éramos capaces de representar al pueblo negro de Colombia” (Acta 003 del 2 y 3 de octubre de 1992. Comisión Especial para las comunidades negras). También describía Zulía Mena, integrante de la Comisión Especial que redactó la Ley 70 de 1993 en el Foro Territorialidad Etnia y Región realizado en Bogotá el 14 de agosto de 1992: “Hay territorios que fueron logrados con las sublevaciones hasta conquistarlo y construir allí su espacios de resistencia cultural como los palenques, otros, que son apropiados por la lucha cotidiana, en los que familias se juntan y deciden construir un poblado y trabajar un río, familias de distintos sitios del Chocó (Baudó, San Juan, Negua, Andágueda) personas que se casaban e iban formando la parentela con las cuñadas, primos, tíos, sobrinos hasta ir tejiendo una red de familias que formarían no solamente la familia alargada sino también la extensa área de territorios que eran alinderados entre ellos mismos”.

²⁷⁸ Como muestra Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Guayabal. Artículo 1.º. “Los habitantes de este territorio, han venido trabajando en forma pacífica, armónica con el ecosistema, solucionando sus problemas internos en forma conciliada; los cambios socioeconómicos y culturales que han influenciado su forma de vida han atacado su estructura, arrastrando con ello muchos valores éticos, morales y culturales, lo que hace necesario convalidar entre todos sus pobladores, habitantes nativos y foráneos, un reglamento de uso, aprovechamiento de recursos del territorio, como también las formas alternativas de solucionar las situaciones problemáticas que se pueden presentar”.

7. Es *holístico*. El objeto sobre el que se recae o se ejercen los derechos de propiedad (el territorio) se concibe no solo por lo adjudicado por el Estado sino por la ocupación tradicional de la comunidad²⁷⁹.

De esa manera, “el sentido con el que se toma la palabra objeto del derecho” (Valencia y Ortiz, 2011, p. 369) cuando se trata de las comunidades negras, se relaciona principalmente con el territorio; el objeto del derecho no es una cosa en sí sino que representa un todo.

El objeto del derecho va más allá de la concepción materialista de la propiedad privada individual, según la cual la cosa es el “substrato material del derecho” (Valencia y Ortiz, 2011, p. 369) y se asocia con una cosa mueble o inmueble, o con una cosa corporal, lo que es consecuente con el origen etimológico del término “cosa” que, para Acedo (2013, p. 23), se desprende de la expresión derecho real, procedente del latín *res*, sustantivo que viene a significar “cosa”. Para Valencia y Ortiz (2011, p. 369) dicha concepción está presente cuando se trata especialmente de derechos patrimoniales, como el clásico derecho de propiedad privada.

En esta tesis no se ahondará más (ya se hizo en la parte preliminar y en el fundamento ético del derecho) en la importancia del derecho al territorio porque ya hay extensa creación de la doctrina y la jurisprudencia al respecto²⁸⁰. Lo que se resalta es que el objeto del derecho

279 Se puede ilustrar con la siguiente descripción que hace el Consejo Comunitario Mayor del Alto Sanjuan (ASOCASAN). “Artículo 52. *Del territorio colectivo*. Como grupo étnico negro de presencia ancestral en el territorio el cual hemos usado colectivamente en desarrollo continuo de nuestras prácticas tradicionales de producción y hábitat”; así como, Reglamento Interno Consejo Comunitario de San Isidro. “Artículo 19. Deberá reconocerse al Consejo Comunitario de San Isidro el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupamos. Además, en los casos apropiados deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho del Consejo a utilizar las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por nosotros, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y los agricultores itinerantes”.

²⁸⁰ Cfr., entre otros, S. Coronado (2006). “El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia”. En: *Controversia* n.º 187. Bogotá: CR, ENS, IPC, FNC, CINEP.

comprende no solo el territorio sino también las propias relaciones jurídicas que pueden surgir del ejercicio de facultades. Es decir, el objeto es tanto el territorio como la identidad étnica, las relaciones de parentesco o las prácticas tradicionales. Por lo anterior, también hace parte del objeto de ese derecho el conocimiento ancestral.

Por consiguiente, utilizando términos de Valencia y Ortiz (2011, p. 369), el sentido del objeto del derecho sufre una variación que se relaciona con su fundamento ético explicado en el capítulo precedente. Aún más, desde esta visión se acoge parte de la moderna doctrina que, siguiendo a Montés (2013, p. 239), espiritualiza el objeto y permite que la cosa se convierta en bien y se valore como un componente esencial del derecho a la propiedad.

También se puede decir que el derecho en estudio es holístico, porque, tiene una razón de existencia distinta; como se ha dicho en este capítulo, desde su visión clásica el derecho a la propiedad “tiene como razón de existencia la satisfacción de necesidades de carácter económico” (Alessandri, Somarriva y Vonadovich, 1993, p. 35); por el contrario, el derecho de las comunidades negras, va más allá²⁸¹; su motivo de existencia tiene que ver con el reconocimiento y la reivindicación de un grupo étnico; con la protección y desarrollo de sus derechos y la identidad cultural²⁸².

²⁸¹ Como botón de muestra, el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, señala: “La posesión de la tierra no se fundamenta en valores económicos de apropiación, sino en los valores familiares que sustentan y refuerzan los vínculos comunitarios que permiten a la gran familia extensa en general, y a cada uno de sus miembros en particular, tener siempre un sitio dónde trabajar. Cada comunidad reconoce la totalidad del territorio como propia” (Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato. Red de Solidaridad Social, 2002, p. 62).

²⁸² En el segundo debate de la exposición de motivos del proyecto de Ley 329 de 1993, por el cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el gobierno sustentó, entre otros aspectos, la importancia de la expedición de la ley argumentando: “Adicionalmente a lo expuesto, el proyecto de ley establece los mecanismos que permitirán a las comunidades negras proteger y desarrollar sus derechos e identidad cultural”.

Los actos y las relaciones de interdependencia que se generan por el derecho son más, que “un acto de libertad individual” (Montés, 1980, p. 54); de ahí que, el derecho comporta una serie de obligaciones especiales y más rigurosas para la conservación del medio ambiente.

8. *Es colectivo*. En el sentido, que hay espacios para uso de toda la comunidad, pero se aplican reglas de la propiedad individual²⁸³. Su carácter colectivo también tiene que ver con el titular del derecho, ya que, el máximo órgano de administración interna de una comunidad negra al que se le adjudica el derecho es el consejo comunitario; pero, hay espacio para la individualidad, ya que, cada familia e individuo también es titular del derecho.

Entonces, el sujeto titular del derecho es cualificado debido a que, a diferencia de lo que ocurre con la propiedad privada, no cualquier persona puede ser titular del derecho a la propiedad colectiva, así se reconozca como afrodescendiente o afrocolombiano²⁸⁴. Se requiere que constituya y haga parte de un consejo comunitario de comunidades negras²⁸⁵, pues solamente se podrán hacer adjudicaciones con destino a ellas²⁸⁶.

²⁸³ La aplicación de reglas de propiedad individual se puede ilustrar mediante el Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro: “Los espacios de uso individual o familiar dentro del territorio han sido identificados como usufructos en la Ley 70 de 1993. [...] Artículo 66. *Usufructo*. Es la adquisición temporal del dominio de una cosa, en el caso del Consejo Comunitario, por tratarse del manejo del territorio esa cosa se traduce a un bien raíz para su uso y goce por parte del usufructuario, obteniendo éste las utilidades de la cosa, mientras el dueño conserva la propiedad a futuro”.

²⁸⁴ Este aspecto ha sido criticado por cuanto en las zonas urbanas habita gran parte de la población integrante de la comunidad negra de Colombia, que quedó por fuera de la Ley 70 de 1993, y que ha perdido todos sus derechos.

²⁸⁵ Ley 70 de 1993. “Artículo 5.º. Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional. // Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva

Es un derecho que adquiere un grupo colectivo, que debe constituirse y organizarse bajo una forma de administración interna denominada consejo comunitario²⁸⁷. Se adquiere únicamente de forma colectiva por resolución de adjudicación de una entidad del Estado (antes, Instituto Colombiano de la Reforma Agraria [INCORA], luego, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural [INCODER] y en la actualidad Agencia Nacional de Tierras), previa petición, y no por los modos tradicionales del derecho civil de transferencia del dominio como la compraventa o la donación.

Sin embargo, el grupo colectivo integrado bajo la figura “consejo comunitario de comunidades negras” no es homogéneo, ya que no todas las comunidades negras de Colombia comparten la misma “base de prácticas” y “entendimientos implícitos”

comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación”.

²⁸⁶ Ley 70 de 1993. “Artículo 18. No podrán hacerse adjudicaciones de las tierras de las comunidades negras de que trata esta ley, sino con destino a las mismas. Son nulas las adjudicaciones de tierras que se hagan con violación de lo previsto en el inciso anterior. La acción de nulidad contra la respectiva resolución podrá intentarse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, los procuradores agrarios o cualquier persona ante el correspondiente Tribunal Administrativo, dentro de los dos (2) años siguientes a su ejecutoria, o desde su publicación en el *Diario Oficial*, según el caso. Sin perjuicio de lo anterior, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria podrá revocar directamente las resoluciones de adjudicación que dicte con violación de lo establecido en el presente artículo. En este caso no se exigirá el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En lo demás, el procedimiento de revocación se surtirá con arreglo a lo que dispone el Código de lo Contencioso Administrativo”.

²⁸⁷ En la propuesta original de las comunidades negras para la formulación de la ley que reglamentará el artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional no existía esta figura. En el artículo 25 de la propuesta se establecía: “La titulación colectiva y adjudicación de territorios colectivos a las comunidades negras, estará a cargo del Consejo de Palenque, de conformidad con sus usos y costumbres y sus prácticas tradicionales de producción. Artículo 26. El título colectivo será expedido por el Consejo de Palenques y depositado en la oficina respectiva del INCORA o la entidad que haga sus veces quien se encargará de publicarlos por una vez en una emisora local y en un diario de circulación provincial y /o departamental” (Diócesis de Quibdó, 1993, p. 13).

pregonados por algunas escuelas comunitaristas o colectivistas²⁸⁸, tal como se indicó en la parte preliminar de esta tesis.

Como se ha visto, el derecho a la propiedad es un derecho que brinda facultades para administrar internamente el territorio colectivo a través de un organismo denominado “consejo comunitario”, con las limitaciones ya reseñadas por Loingsigh (2013, p. 60).

De esa manera, las diferencias en lo que la doctrina ha denominado sujeto titular del derecho no se concentran en que se trata de una persona jurídica porque, siguiendo a Ruiz Serramalera (1982, p. 193), bien pueden ser titulares del derecho a la propiedad tanto una persona física como una jurídica.

Lo particular del sujeto titular del derecho en estudio es su carácter plural a nivel interno, es decir, hacia el exterior el titular del derecho a la propiedad colectiva, cumpliendo las exigencias del artículo 5.º de la Ley 70 de 1993^[289] es un consejo comunitario presentándose como una persona jurídica; pero a nivel interno, por el ejercicio de las

²⁸⁸ Nótese, por ejemplo, la descripción de Betancur y Coronado (2012, p 11) al explicar que sigue pendiente la tarea de hacer efectivo el reconocimiento de la diversidad de las ocupaciones del territorio de las comunidades negras que habitan tradicionalmente en cada región, porque en su calidad de pueblos tienen particularidades históricas y regionales que condicionan la forma en que su territorialidad es entendida, ejercida, desarrollada y defendida por las propias comunidades. Aún en zonas que se reconocen como regiones con ciertas condiciones homogéneas, la ocupación de las comunidades negras tiene en su interior características diversas en cuanto a aspectos culturales, ambientales y locales.

²⁸⁹ Ley 70 de 1993. “Artículo 5.º. Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional. Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación”.

facultades de disposición jurídicas y materiales²⁹⁰, los titulares del derecho son varios, en principio el conjunto de familias e individuos que integran un consejo comunitario²⁹¹ quienes también pueden tomar decisiones propias y respetadas al interior de su comunidad.

Se podría decir que es plural, pero no, como ya se ha explicado, en el mismo sentido de la comunidad integrada por el condominio o copropiedad. Sería plural en tanto se trata de una colectividad en la que se reconocen las decisiones individuales de una familia o de una persona, quienes tienen la posibilidad de ejercer, con algunas modificaciones, actos propios de la propiedad privada individual como la venta o el arrendamiento, pero no tienen posibilidad de gravar con hipoteca o prenda las áreas asignadas. Además, los actos de administración del bien los ejerce la junta del consejo comunitario, tal como se puede ver en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

Sería plural, pero en un sentido colectivo, y no porque haya varios propietarios ni porque el derecho se “comparta por varios titulares” (Ochoa, 2011, p. 226); más bien hay un solo propietario pero diversos titulares de las facultades derivadas del derecho. Por eso, en este trabajo, antes que decir que es plural, se considera mejor señalar que el sujeto titular del derecho es colectivo, aunque no hay varios sujetos titulares del derecho sino un solo sujeto titular del derecho que es el consejo comunitario con diversos ejecutores, no hay una “aglutinación de derechos” o “universalidades jurídicas” (Ochoa, 2011, p. 226), tampoco indivisión, como en la propiedad plural (la que pertenece a varias personas), sino división

²⁹⁰ Vélez Rojas (2014, p. 134) señala: “Las facultades materiales que otorga el dominio a su titular son las que realizan mediante actos que le permiten su aprovechamiento, tales como su uso, goce o consumo físico. Las facultades jurídicas son las que se realizan mediante actos jurídicos, como la facultad de disponer, gravar o limitar el bien. Gravar es imponer una carga o gravamen sobre un bien mueble o inmueble como por ejemplo, constituir prenda o hipoteca. Limitar son las restricciones que se hacen al derecho de dominio”.

²⁹¹ Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (2002, p. 62): “Cada comunidad reconoce la totalidad del territorio como propia porque de acuerdo con normas consuetudinarias y desde los primeros asentamientos [...]”.

material de las facultades para el ejercicio del derecho y del territorio colectivo por las áreas asignadas a cada familia.

De ahí que en su artículo 7.º la Ley 70 de 1993 creó una ilusión, o un error de técnica jurídica, porque la condición de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad no es solo para las áreas colectivas del título otorgado sino para todo el título.

Y aunque hay una división material al asignar áreas a las familias o individuos, el título colectivo sigue siendo un todo, mira el territorio en conjunto²⁹². Para esas comunidades el territorio es un espacio de reconstrucción de su propia cultura, su hábitat como expresión de subsistencia y autonomía (Mena, 1992, p. 3).

Ahora bien, por las particularidades descritas, el sujeto titular del derecho es cualificado, por cuanto solo puede adjudicarse el derecho a una comunidad negra organizada en un consejo comunitario. A diferencia de otros derechos de ese grupo étnico (derecho a la etnoeducación, derecho a la identidad, etc.) el derecho a la propiedad colectiva exige una condición: constituir los denominados consejos comunitarios.

Asimismo, en el derecho a la propiedad colectiva, las facultades o potestades propias de cualquier derecho pueden ser ejercidas tanto por el sujeto colectivo como por el sujeto individual, pues los diferentes actos de disposición derivados de las facultades que concede el derecho no están restringidas al sujeto colectivo. En ese derecho el sentido de lo colectivo no está en la apropiación del territorio sino en las prácticas culturales, en las

²⁹² Ley 70 de 1993. “Artículo 7.º. En cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable. // Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas”.

relaciones de parentesco y de familia²⁹³, porque, como se verá más adelante al explicar el usufructo el concepto de propiedad individual impuesto desde occidente, con las modificaciones siempre ha estado presente en la forma de apropiación que realizan las comunidades negras.

9. *Tiene una existencia condicionada.* Para el surgimiento formal del derecho se requiere la intervención del Estado²⁹⁴ a través de sus instituciones. No basta, como en la propiedad privada, la simple voluntad de un particular, sino que es necesario que el Estado adjudique el derecho. Además, el ejercicio del derecho se realiza de conformidad con las condiciones establecidas en la ley y en el reglamento interno de cada comunidad.

2.6. El contenido para un derecho diferente

Cuando se trata de propiedad colectiva hay diversos poderes, facultades y limitaciones que inciden en el ejercicio del derecho; así, aquí el “contenido tradicional, integrado por las

²⁹³ L. Rossbach de Olmos (2004, pp. 383-384). La familia es por eso el objeto legal, que goza de la propiedad colectiva de la tierra. Es además una de las categorías culturales propias de los chocoanos cuyo entendimiento permite un acceso a su cultura como sistema de símbolos y significaciones”.

²⁹⁴ Ley 70 de 1993. “Artículo 4.º. El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1.º de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales ‘Tierras de las Comunidades Negras’ [...] Artículo 8.º. Para los efectos de la adjudicación de que trata el artículo 4.º, cada comunidad presentará la respectiva solicitud al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Incora. Este podrá iniciar de oficio la adjudicación. Una comisión integrada por el Incora, el Instituto Geográfico ‘Agustín Codazzi’ y el Inderena o la entidad que haga sus veces realizará, previo informe del Consejo Comunitario, una evaluación técnica de las solicitudes y determinará los límites del área que será otorgada mediante el título de propiedad colectiva [...] Artículo 14. En el acto administrativo mediante el cual se adjudique la propiedad colectiva de la tierra se consignará la obligación de observar las normas sobre conservación, protección y utilización racional de los recursos naturales renovables y el ambiente”.

típicas facultades dominicales de goce y disposición” (Santaella, 2011, p. 246) está restringido, o en ciertos casos aumentado, ya que existe una desconcentración de la denominada facultad de disposición jurídica y material del derecho civil clásico.

Como se ha observado, una de las principales variaciones de la facultad de disposición en el derecho colectivo es la inalienabilidad. Para algunos como Noejovich (2003, p. 991), si no hay alienabilidad y desmembración el derecho de propiedad es inexistente. Sin embargo, en el caso de las comunidades negras el derecho existe por origen, reconocimiento y definición histórica y legal.

La facultad de disposición de la que se habla en esta tesis trasciende la perspectiva expuesta por Lasarte (2005, p. 69) en cuanto a que no hay una “garantía de la libre decisión económica del propietario”. Como se ha visto, su facultad de disposición tiene varias restricciones y particularidades, entre ellas que:

1. *No es individual en su totalidad*, sino colectiva, pues para tomar decisiones se deben tener en cuenta las reglas del consejo comunitario²⁹⁵.
2. *La libertad de disposición está condicionada*: a. En los casos de explotación comercial de los recursos naturales presentes en sus territorios, como sujeto colectivo la comunidad negra debe tramitar ante las autoridades ambientales y mineras colombianas, los permisos, concesiones, autorizaciones y licencias que se requieran por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales; b. Las prácticas productivas que realizan las comunidades, aunque conservan tradiciones construidas en forma colectiva,

²⁹⁵ Como muestra, Reglamento Interno del Consejo Comunitario COCOMACIA. “*Aspectos generales* [...] 9. Los consejos comunitarios locales y las zonas no podrán adelantar ningún tipo de negociación sin el consentimiento y aprobación de la junta del Consejo Comunitario Mayor para que exista coherencia organizativa, mantener la unidad interna y procurar la implementación del plan de etnodesarrollo”. Consejo Comunitario Local de Gitradó. “[...] 5. El consejo comunitario no podrá adelantar ningún tipo de negociación de orden territorial y explotación de recursos naturales, sin el consentimiento y aprobación de la junta del consejo comunitario mayor de COCOMACIA para que exista coherencia organizativa, mantener la unidad interna y procurar la implementación del plan de Etnodesarrollo”.

son realizadas por cada individuo o familia para usar y aprovechar el territorio o área individual asignada. De tal forma que el proceso productivo puede estar marcado por objetivos individuales o familiares; c. Las solicitudes para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales con fines comerciales requieren de permiso ante las autoridades competentes y pueden ser presentadas por el órgano de administración interna, mas no por cada familia o individuo que va a realizar la explotación o aprovechamiento del recurso natural²⁹⁶.

Por lo anterior, el derecho colectivo no puede tener, al menos con las mismas dimensiones, todos los poderes que un propietario individual puede ejercer sobre una cosa, por ende el contenido del derecho tendrá que ser diferente.

Bien dice Grossi (1992, p. 27) que el contenido fundamental en la propiedad colectiva es un goce condicionado del bien con un individuo, primando lo objetivo sobre lo subjetivo²⁹⁷ (lo objetivo es lo histórico y lo subjetivo lo individual); la apropiación aquí, siguiendo con el connotado Grossi (1992, p. 27), en el sentido tradicional del término cae solamente de manera indirecta sobre el fundo que sirve para la supervivencia cotidiana de un núcleo familiar.

²⁹⁶ Decreto 1745 de 1995. “Artículo 12. *Funciones del representante legal del Consejo Comunitario*. Son funciones del Representante Legal del Consejo Comunitario, entre otras, las siguientes: [...] 3. Presentar, ante la autoridad ambiental competente y ante el Ministerio de Minas y Energía, las solicitudes de aprovechamiento, exploración y explotación de recursos naturales, en beneficio de la comunidad, previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario; exceptuándose, los usos por ministerio de la Ley, respecto de los recursos naturales renovables”.

²⁹⁷ León Duguit (1975, p. 174) decía que hay miles de controversias acerca de lo que es un derecho subjetivo, en las cuales no se profundizará porque lo que se quiere plantear es que el derecho en estudio no debe considerarse como un derecho subjetivo debido a que no es real, no es totalmente individual, no hay imposición ni jerarquía (Duguit, 1975, p. 175) de voluntades sino prácticas tradicionales y normas de derecho propio construidas por consenso. Siguiendo a Pimiento (2010, p. 457) en los derechos subjetivos hay una lógica estrictamente individual, de ahí que la teoría tradicional de los derechos subjetivos según Pimiento (2010, p. 458) no parece suficiente para explicar las nuevas realidades sociales.

Cuando se trata de las comunidades negras, el contenido económico del derecho de propiedad entra en discusión, no solo por las características endilgadas a los bienes de uso público, sino por el fundamento ético y jurídico revisado en el capítulo primero. Se debe tener en cuenta que se trata de un derecho que surgió pensando en la reivindicación de un grupo que según Friedemann (1984) en la cita de Wade (1993, p. 174) ha sido históricamente “invisibilizado” y “excluido” (Friedemann, s.f., p. 4), no solo por las instituciones del Estado sino también por la misma sociedad colombiana.

El derecho en estudio es de aquellos que no puede ser entendido como un derecho de contenido *exclusivamente* patrimonial debido a que fue reconocido con el anhelo de protección de un grupo étnico más que en el valor económico propio del derecho de propiedad heredado de la revolución francesa; además, su contenido, como se ha visto, no es netamente económico sino que está determinado incluso por las relaciones entre los integrantes de las familias y en general de toda la comunidad.

En ese derecho no se contabilizan cosas, masa de bienes o deudas, que son elementos importantes para lo que se entiende desde el derecho civil como patrimonio (Betancourt, 1996, p. 156) y que se convierten en el respaldo de las deudas de una persona cuando se trata de la propiedad clásica regulada por la legislación civil.

Con la expresión patrimonio, dice Ternera (2015, p. 5), se hace referencia a una esfera jurídica de la persona, integrada por la totalidad de las situaciones y relaciones estimables en dinero. Por ende, desde la concepción clásica el patrimonio es indivisible y opera principalmente como vehículo técnico de mecanismos jurídicos que son trascendentales, como la prenda general de los acreedores (Betancourt, 1996, p. 156). Al respecto no se pueden olvidar las características atribuidas por la legislación a la propiedad de las comunidades negras (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad) lo que hace imposible que la propiedad sirva de garantía en términos de prenda o hipoteca de las deudas de una persona o que tenga una comercialización tan amplia como cualquier “cosa” en el derecho de propiedad usual; se está, entonces, en presencia de un derecho en el cual el intercambio jurídico y económico (Rengifo, 2011, p. 250) está restringido.

Asimismo, el concepto de derechos patrimoniales parte de la noción de individualidad propuesta desde la propiedad civil, en la cual una persona tiene todas las facultades de disposición sobre sus bienes; sin embargo, como se ha descrito en estas líneas, en la propiedad de las comunidades negras no basta la voluntad de una sola persona.

De igual manera, los derechos de contenido patrimonial son derechos reales (aunque los derechos personales también), y ya se ha demostrado, con los argumentos de la doctrina (Ternera, 2015, p. 8), que “designan principalmente un haz de poderes directos sobre un bien, para procurarse todos o parte de los beneficios, utilidades y servicios, estimables en dinero, que aquel puede proporcionar”.

Sintetizando, el contenido del derecho a la propiedad colectiva no se limita a las facultades que generalmente se endilgan al derecho de propiedad como la de disposición, uso y goce, sino que, además, el contenido obedece a un concepto más amplio que integra las facultades, la finalidad, los derechos y deberes derivados del reconocimiento del derecho, el ejercicio del “usufructo”, y de la función social y ecológica de la propiedad que aquí se encuentra aumentada, como se explicará en la siguiente sección para demostrar que el usufructo de la legislación civil es diferente a la forma de propiedad que ejercen las comunidades negras, no obstante su estipulación legal como “usufructo”. De igual forma, evidenciar que el uso dado a esta figura es erróneo (este punto se ampliará en el capítulo siguiente).

De esa manera el contenido del derecho objeto de esta tesis tiene que ver con el derecho a la identidad étnica, a una opción propia de desarrollo, a la conservación de las costumbres y tradiciones, al territorio, a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, a la consulta libre previa e informada; con los deberes estrictos de uso y conservación de los recursos naturales; en últimas, el contenido no son solo las facultades antiguas de la legislación civil sino todos los elementos que definen el derecho, son las relaciones jurídicas que van más allá de la cosa hasta las relaciones que se suscitan entre los miembros de cada comunidad.

2.6.1. Una función social y ecológica en superlativo

Dado que hasta ahora se han descrito las características especiales y diferenciadoras del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, una argumento adicional para justificar su condición de *derecho sui géneris* es el concepto de función social y ecológica de la propiedad que se aplica cuando se trata de las comunidades negras, que para estas líneas se ejerce en un grado “superlativo”, por contemplar más exigencias de las que tradicionalmente se han planteado desde la legislación y la doctrina; concepto que se desprende del contenido diferente que se propone para el derecho en estudio.

Indiscutiblemente, siguiendo a Adrogué (1991, p. 51), en cuanto a la propiedad hay una variación de enfoque, toda vez que en otros tiempos primaba el interés por asegurar su defensa e inviolabilidad, en tanto que ahora se destaca su función social como “fuerte contrapeso” (Acedo, 2013, p. 103), que puede mirarse, además, como lo que el profesor Paolo Grossi (1992, p. 22) denominó “una extracción de la propiedad de su secular recinto sacro”.

Según exponen varios autores, entre ellos Ochoa (2011, p. 206), la exigencia o limitación de la función social de la propiedad se contempla en el ámbito nacional en la Constitución desde 1936; sin embargo, su concepto fue planteado (Ochoa, 2011, p. 209) mucho antes de León Duguit (1999, p. 9) a quien la doctrina le atribuye el mayor desarrollo conceptual de la noción de función social, ya que, dice Ochoa (2011, p. 209), en 1850 Augusto Comte había trazado los lineamientos que otros positivistas, como Durkheim, predicaron de esa forma de mirar la propiedad como función y no como derecho.

Después del año 36 se siguió consolidando el proceso de función social de la propiedad (Arévalo, 2012, p. 340), hasta llegar a la Constitución de 1991 que ratificó lo recorrido hasta ese momento, con la diferencia de que a partir de ella, por obra de la Corte Constitucional, ha habido una mayor riqueza jurisprudencial lo cual ha permitido concretar de una manera más fuerte esa figura o institución. La teoría de la función social forma parte de lo que describe Ochoa (2009, p. 27) como una mutación sensible de la propiedad como derecho.

Sin embargo, no es objeto de esta tesis hacer un recuento histórico de la figura de la función social y ecológica de la propiedad, y menos establecer diferencias frente a las distintas interpretaciones, teorías o posturas elaboradas al respecto²⁹⁸; se parte de la noción incorporada en la Constitución de 1991 a través del artículo 58^[299], aunque desde el informe de ponencia para primer debate en plenaria para la inclusión de esa figura en la

²⁹⁸ De acuerdo con Gonzáles Barrón (2005, pp. 494-498) en el desarrollo de la función social de la propiedad hay un ingente desarrollo doctrinal, que él clasifica como doctrinas intrínsecas y extrínsecas. En las extrínsecas la función social la cumple y desarrolla la institución de la propiedad privada. Esta doctrina es sostenida por voces autorizadas de la doctrina italiana (Rodotà, Santoro, Pasarelli), y se basa en la afirmación de que los límites al ejercicio del derecho, promovidos por la función social de la institución, están fuera de la faz interna del derecho subjetivo; dentro de esa misma clasificación, sin necesidad de hacer la distinción anterior, otra doctrina considera la función social como un límite externo que detrae facultades, pero reconoce un núcleo interior infranqueable (un haz de facultades mínimo), tal como lo concebía la doctrina civil clásica. Continuando con Gonzáles Barrón (2005, p. 499) en las doctrinas intrínsecas el titular de un derecho subjetivo lo es mientras ejerce el derecho conforme a la finalidad que el ordenamiento asigna a esa ventaja o poder. Además, resultan interesantes las explicaciones de Santaella (2010, pp. 373-533) acerca de la delimitación de la propiedad privada en virtud de la función social. Para Peña (1995, p. 577) han surgido principalmente tres teorías de la propiedad: como función social, como un derecho función y como servicio social.

²⁹⁹ Constitución Política de 1991. “Artículo 58 (modificado por el art. 1.º del Acto Legislativo n.º 01 de 1999). Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

Constitución de 1991 fue considerada como una incongruencia³⁰⁰, o para algunos, como lo describe De Lucas (2005, p. 162), una “famosa y caricaturada figura para redefinir la propiedad gracias al principio de solidaridad”³⁰¹.

³⁰⁰ “La propiedad como todo derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, ha de ejercerse conforme a un elevado y positivo sentido de la responsabilidad social. Es por ello importante y, aún necesario establecer expresamente que ‘implica’ o ‘tiene’ implícitas obligaciones para con la sociedad (fórmula acogida, entre otros, por el ilustre ex presidente liberal y connotado constitucionalista, doctor Alfonso López Michelsen); pero no se ve justificable definirla en sí misma como una función pues con ello ningún problema queda resuelto y antes bien, se mantiene vigente una ostensible incongruencia” (*Gaceta Constitucional* n.º 82 del 25 de mayo de 1991).

³⁰¹ En cambio, Santaella (2010, p. 11) señala una nueva visión de la propiedad que, al tiempo que reconoce el derecho, lo enmarca en el contexto del Estado social, lo conecta con los intereses de la colectividad y lo abre a una habitual e intensa intervención pública, siempre bajo la salvaguarda de una garantía que asegura a los individuos que su derecho no podrá ser ultrajado ni dejar de ser tal. No se trata, pues, únicamente, de que el moderno constitucionalismo haya incorporado el componente de la función social como una pieza estructural de su régimen con la subsecuente desacralización del derecho “inviolable y sagrado” del liberalismo clásico. Aún más, “la función social de la propiedad es muestra de la modernización de la propiedad privada, aspecto que se ajusta a nuestra realidad jurídica y social” (Lafont Pianeta, 1987, p. 288). Además, la función social puede verse, según Valiente (1958, p. 168), como una “reacción contra el concepto del dominio elaborado por el individualismo con rasgos característicos como la desaparición del carácter absoluto del derecho de propiedad favoreciendo los intereses colectivos”. De ahí que, dice Ochoa (2009, p. 24), la función social busca atemperar los rigores del individualismo; sin embargo, la propiedad individualista persiste protegida contra todos los atentados y está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional. El más importante hito dentro de la evolución del concepto de derecho de propiedad está constituido por el reconocimiento de su función social. A mediados del siglo pasado Comte empleó la expresión y también lo hizo Duguit a comienzos del presente (Novoa, 1979, p. 60). La función social es una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. La función social puede limitar a la propiedad, pero también puede determinarla activamente. Con la función social queda excluida la legitimidad de todas las manifestaciones del dominio que puedan entrar en conflicto con los intereses generales de la sociedad (Novoa, 1979, p. 61).

En esta tesis, la propiedad se mira como derecho y, por ende, se entiende que la función social y ecológica hace parte de su contenido, es decir, con palabras de Arévalo (2012, p. 367), forma parte del derecho, no se puede desprender de él y por lo mismo no se puede hablar de límites sino del ejercicio del derecho en razón de uno de sus elementos definidos por la ley: la función social y ecológica.

De esa manera, en esta sección se busca demostrar que el derecho en estudio, además de no ser real y colectivo en sentido estricto, aunque incorpora la función social y ecológica de la propiedad, lo hace de una forma más intensa y con un mayor grado de restricciones, con lo cual, además, se reconfirma que no es absoluto, ya que, como dice Amaya (2010, p. 143), la función ecológica de la propiedad³⁰² parte de que la propiedad no es un derecho absoluto bajo el amparo de la legislación civil³⁰³.

La función social y ecológica³⁰⁴ se constituye en un límite de orden social para la propiedad privada (Arteaga, 1994, p. 45), pero cuando se trata de la propiedad de las comunidades negras, debido a que aumentan las restricciones propias, deja de ser flexible, como lo es en la propiedad tradicional. Dicho de otra manera, la función social y ecológica es más restrictiva en el caso en estudio por cuanto se deben imponer más limitaciones que las

³⁰² Para algunos autores como Ochoa (2011, p. 220) la forma en que se incluyó la función ecológica de la propiedad es ambigua y equívoca.

³⁰³ Precisamente, decía Duguit (1975, p. 179), para quien la propiedad no era un derecho sino una función social: “esta función social hace que la propiedad ya en el Derecho moderno no sea intangible, absoluta”. Para Duguit (1975, p. 181) todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar, no puede dejar de cumplir esa función, de ejecutar esa tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social.

³⁰⁴ Peña (1995, p. 577) señala que aunque la afirmación de función social de la propiedad es reciente, tiene su origen en ideas antiguas y especialmente en concepciones cristianas. San Ambrosio, San Buenaventura y Santo Tomás de Aquino siempre le dieron a la propiedad un sentido común. Pero la idea de la propiedad como función social se debe a la Escuela Sociológica Jurídica del siglo XIX. Augusto Comte estableció sus premisas y el profesor León Duguit las perfiló.

normalmente establecidas por el “bien común o los derechos ajenos” (Arteaga, 1994, p. 29), pues el ejercicio del derecho debe respetar tanto las normas generales como las normas internas construidas de generación en generación en cada comunidad.

Debido a la función social y ecológica establecida en el artículo 58 de la Constitución de 1991 las comunidades negras deben respetar las normas básicas de urbanismo, pero como en el derecho en estudio es más intensa, es mayor, hay más restricciones como las siguientes:

1. *La protección y regulación de los ecosistemas es más estricta.* De conformidad con el artículo 6.º de la Ley 70 de 1993, además de respetar la normatividad ambiental expedida en el país, también deben observar las reglas propias de cada consejo; así, por ejemplo, las solicitudes para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales con fines comerciales requieren de permiso ante las autoridades competentes y solo pueden ser presentadas por el representante legal como parte del órgano de administración interna, mas no por cada familia o individuo que va a realizar la explotación o aprovechamiento del recurso natural; además de cumplir con la normatividad general y especial sobre uso de recursos naturales, las prácticas productivas deben desarrollarse acatando los consensos establecidos en los reglamentos internos.

2. *No operan figuras como la expropiación o la extinción de dominio.* No se permite la expropiación ni la extinción de dominio; la cesión del derecho de uso o de usufructo está restringida exclusivamente a otro miembro del grupo familiar, comunidad o grupo étnico.

3. *Los usos deben garantizar la persistencia del recurso y tener en cuenta la fragilidad ecológica de la cuenca del Pacífico y en general de los ecosistemas.* El artículo 6.º de la Ley 70 de 1993 exige que los usos de los recursos naturales deben garantizar su persistencia tanto en calidad como en cantidad, así como desarrollar modelos apropiados de producción que permitan la conservación del medio ambiente. Por su parte el artículo 21 señala que se debe conservar, mantener y propiciar la regeneración de la vegetación protectora de las aguas, garantizar mediante el uso adecuado la persistencia de ecosistemas ambientalmente frágiles como los manglares y los humedales, y proteger y conservar las

especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción, además zonificar ambientalmente el territorio.

4. *La función de proteger y conservar los recursos naturales no se atribuye a un individuo en particular sino a todos los integrantes del consejo comunitario e incluso a quienes denominan “visitantes” de su territorio.* Según el artículo 5.º de la Ley 70 de 1993 al consejo comunitario le corresponde, entre otras tareas, velar por la conservación de los recursos naturales, prescripción que se extiende a quienes no hacen parte del consejo, pero permanecen en su territorio por la realización de obras, proyectos de cooperación o programas estatales³⁰⁵.

5. *Los modelos de producción están condicionados.* En el artículo 6.º de la Ley 70 de 1993 se establece que a diferencia de la propiedad privada, donde la decisión de producción es netamente del propietario, en el caso de las comunidades negras cualquier actividad productiva se debe desarrollar y aplicar con modelos apropiados de producción como la agrosilvicultura, la agroforestería u otros similares. Aún más, las prácticas productivas con fines comerciales requieren autorización del consejo comunitario.

Además, las prácticas tradicionales son un requisito indispensable para que el Estado reconozca el derecho a la propiedad colectiva, y se deben relacionar de conformidad con el artículo 9.º de la Ley 70 de 1993 en la solicitud presentada para la adjudicación del título colectivo, incluso los programas de crédito y asistencia técnica que diseñe el Estado deben

³⁰⁵ Verbigracia “Artículo 92. *Reglamento Interno Villacontó*. Bajo ninguna circunstancia las actividades productivas agropecuarias se constituirán en monocultivos o ganadería extensiva; es decir, que las actividades deberán ejercerse acorde a la aptitud del suelo, las dinámicas ecológicas y los desarrollos culturales de las comunidades, siempre respetando los límites de la resiliencia de los ecosistemas y de los procesos culturales [...] Artículo 16. *Protección de los recursos naturales y del medio ambiente*. Toda persona que vaya a hacer uso del aprovechamiento de los recursos forestales de éste consejo comunitario, en primera instancia, deberá concertarlo con el Consejo Comunitario mayor, quien es el dueño de los recursos naturales de su territorio, y este previa concertación y acuerdo, le establecerá puentes con la Corporación Autónoma Regional, para efectos de la movilidad de los mencionados recursos forestales”.

tener en cuenta las particulares condiciones socioeconómicas y ambientales de las comunidades negras.

En definitiva, la función social y ecológica de la propiedad aparece más acentuada cuando se trata de la propiedad colectiva de las comunidades negras porque, además de garantizar el bien común de la sociedad en general, debe garantizar el bien común del colectivo titular del derecho, es decir que no obedece solo a intereses sociales sino también a intereses familiares y comunitarios.

Recogiendo lo más importante con Grossi (2005, p. 12), en la propiedad colectiva de las comunidades negras “hay más protección de los valores ambientales que en la propiedad individual”; y, además, “la dimensión social y ecológica de la propiedad colectiva” (Grossi, 2008) también debe ser tomada en cuenta para entender el contenido del derecho, ya que, tal como lo explicó Rodolfo Santilocchi (2002, p. 73), la protección y conservación del medio ambiente, es un valor importante tanto en el pasado como en el presente en ese tipo de propiedad³⁰⁶.

Así, una función social y ecológica de la propiedad en superlativo también ilustra acerca de las diferencias entre el usufructo de la legislación civil y el denominado usufructo de las comunidades negras, porque deja al descubierto los deberes más estrictos que tiene el titular del derecho cuando se trata de esa particular forma de propiedad colectiva.

Precisamente, el próximo capítulo se concentra en analizar la figura del usufructo, comprendida tradicionalmente en el derecho a la propiedad, para determinar si se aplica en los mismos términos de la legislación civil cuando se trata del derecho de las comunidades negras.

³⁰⁶ Por ejemplo, Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Villaconto. “Objetivo general. Alcanzar la preservación, conservación y utilización de los recursos existentes en el territorio colectivo étnico ancestral como mecanismo de subsistencia de lograr un mejor nivel de vida, pero respetando la existencia del territorio como el banco potencializado de todas las generaciones”.

Segunda reflexión

Proponer el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras como un derecho sui géneris es una tarea de dimensión teórica que debe partir, como ya se hizo en el capítulo primero, de la delimitación conceptual del derecho, lo que ayudó a identificar su verdadero origen más allá de la normatividad expedida en el país.

De ahí que la construcción del concepto y la identificación del fundamento ético del derecho se convirtieron en las herramientas esenciales para comprender que el derecho en estudio tiene características y un contenido diferente, lo que refuerza la hipótesis de este trabajo en cuanto a que el derecho a la propiedad reconocido a las comunidades negras puede hacer parte de una nueva modalidad de derechos que cuestiona la clasificación tradicional e incluso los mecanismos jurídicos utilizados para su protección: *son derechos especiales*, sui géneris.

Ante todo, en este segundo capítulo se establece que no obstante la evolución del derecho a la propiedad y su concepción moderna, los postulados básicos defendidos por la escuela clásica, civilista del derecho a la propiedad todavía están latentes, así se encubran con algunas limitaciones que para el derecho en estudio son parte de su contenido, como la función social y ecológica de la propiedad.

Esto se puede evidenciar con la persistencia en la mentalidad tanto del jurista, como del legislador, y en definitiva, de la sociedad y de las mismas comunidades de algunas figuras que solo pueden coexistir con el concepto tradicional de derecho a la propiedad como sucede con la venta, el arrendamiento, la hipoteca o el usufructo, pues son conceptos contruidos a partir del individuo y de la propiedad privada mas no de los nuevos tipos de apropiación producto de procesos culturales y de reivindicación de derechos de minorías étnicas, como el derecho objeto de esta tesis.

Para afirmar que el derecho a la propiedad de las comunidades negras tiene atributos o características y contenido diferente fue necesario partir de un concepto amplio, en el que se tuvieran en cuenta tanto las facultades tradicionales de la propiedad privada como la

parte histórica, y la forma en que se ejerce el derecho; en otras palabras, el “presupuesto ontológico” (García, 2001, p. 183) al que se hizo referencia en la parte preliminar de esta tesis aquí es mixto.

De esa manera, se identificó que el derecho en estudio comparte características que tradicionalmente la doctrina ha señalado tanto para la propiedad pública como para la propiedad sobre recursos naturales como el suelo y los bosques, o su condición en términos generales de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, o la naturaleza de las funciones que son distribuidas en su estructura de organización y administración interna, y de derecho privado como la titularidad asignada a un particular o actos de disposición como la enajenación y el arrendamiento del usufructo asignado a familias o individuos, o las actuaciones derivadas del poder pleno permitido en la propiedad privada.

Sin que lo anterior implique que el derecho pueda catalogarse como un derecho ubicado en la clásica codificación de área de derecho privado o área de derecho público. Por el contrario, hay una relación de comunicación entre elementos que se han endilgado a la propiedad pública y a la propiedad privada, aspectos que confluyen simultáneamente en el derecho, condición que facilita la incomprensión del derecho y puede ser un detonante de las tensiones que se analizarán en el capítulo cuarto.

Además, el derecho en estudio no es absoluto ni pleno, no solo por las explicaciones y limitaciones propias de la era de la “Constitucionalización del derecho civil” (Arévalo, 2012) o de la “publicización del derecho civil” o de la “noción constitucional del derecho” (Santaella, 2011, p. 241), sino por el fundamento ético y jurídico del derecho a la propiedad colectiva, que hace que ese carácter absoluto se convierta en “relativo” (Ochoa, 2011, p. 204). No obstante que las características clásicas del derecho a la propiedad y sus “nociones generales sigan regulando” (Arévalo, 2012, p. 409) el ejercicio del derecho a la propiedad en el país.

Así pues, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un ejemplo de una categoría distinta de derechos, con la que se pueden superar esas tradicionales distinciones entre áreas o ramas del derecho y, como lo propone Pupolizio (2014, p. 23, 28)

citando a Rodotá, “dejar atrás esta distinción público-privada que es un hallazgo arqueológico que debe deshacerse lo más pronto posible”³⁰⁷; simplemente, el derecho en estudio, es una muestra de la existencia de categorías especiales de derecho. En este caso, una categoría histórica y cultural que tiene ingredientes del régimen de protección de los bienes de uso público y del régimen privado. Sin embargo, no es ni lo uno ni lo otro, es decir, es un derecho en el que coexisten diferentes elementos sin que ninguno prime sobre el otro.

De ahí que aunque parezca que existe una posible contradicción teórica por tener tanto de público como de privado, tanto de individual como de colectivo, resulta ser un derecho complejo (de difícil comprensión) y una figura extraña al ordenamiento jurídico colombiano, no obstante que existe la propiedad de las comunidades indígenas, que para algunos conserva una idea más aceptada de lo que sería la propiedad de un grupo étnico compatible con la mentalidad de occidente.

En cambio, intentar homologar la propiedad amparada por el derecho base de esta tesis con la de los indígenas implica grandes retos teóricos y prácticos, porque los derechos y los mecanismos jurídicos creados para la protección y garantía de los derechos en general esquematizan y dividen, no admiten coexistencia de elementos. Nótese cómo, frente a una situación de vulneración de derechos que han sido catalogados de “colectivos”, como el caso de la protección del medio ambiente, que es consecuencia de la función social y ecológica de la propiedad y por ende del contenido del derecho en estudio, el grupo étnico debe iniciar el juego de la ruleta, girar y utilizar todo tipo de mecanismos jurídicos como el derecho de petición, la acción popular, la acción de tutela hasta llegar en la mayoría de los casos a la revisión del máximo tribunal constitucional colombiano y así alcanzar la protección de sus derechos.

³⁰⁷ Traducción propia.

Además, la legislación especial de comunidades negras no solo se creó un derecho especial, sino que también diseñó los principios bajo los cuales se deben ejercer los derechos derivados de la propiedad reconocida, y uno de ellos es el usufructo que, como se verá en la siguiente sección, por las mismas exigencias legales sería una figura diferente a la de la legislación civil.

Existe una fuerte influencia de los postulados de la propiedad civil clásica e individualista incorporada en las conquistas normativas de las comunidades negras, pues ese derecho propio que es reclamado por ellas está en proceso de construcción, y requiere de una nueva visualización y conceptualización que tenga en cuenta el fundamento ético del derecho y no se deje permear, como está sucediendo, por los conceptos clásicos de propiedad, heredados en parte del proceso de esclavitud y occidentalización.

Ya lo dijo León Duguit (1975 p. 174): el derecho está en un estado completo de transformación. La existencia de derechos como el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es solo un ejemplo que ilustra los cambios que las realidades sociales y culturales, y las relaciones y materialización de los derechos están gestando; en definitiva, es un reto para los teóricos del derecho y un reto también para quienes lo hacen real, pues, no obstante las diferentes transformaciones de las que hablaba Duguit (1975, p. 173), la concepción puramente individualista del derecho aún subsiste en algunas categorías, pero lo hace de manera conjunta con lo que el mismo Duguit llama la concepción socialista. Hay coexistencias que implican repensar cómo se conciben, categorizan y protegen los derechos.

Las nuevas complejidades de las relaciones entre los seres humanos, así como las transformaciones globales explicadas por Mattei (2013, p. 95-108), obligan a superar las tensiones de lo que Pupolizio (2014) llama dicotomía entre derecho público y derecho privado, a descorrer ese “velo ideológico” que tanto se ha mencionado en este segundo capítulo, incluso a repensar algunos derechos como el que ampara una forma de propiedad que ya no debería resultar extraña, una “anomalía” (Grossi, 1992, p. 28), exigiendo de la

doctrina nuevas interpretaciones, o un pensamiento novedoso respecto de la estructura y las características de la propiedad, como bien lo propone el tratadista Ugo Mattei (2013, p. 99).

Los temas analizados en este capítulo se resumen con las palabras de Grossi (1992, p. 19): “... se ha revelado que hay estructuras no genéricas sino específicas, con órdenes específicos y diversificados que requieren diversas y particulares construcciones jurídicas”, como el caso del derecho en estudio.

Tercera parte

Mito, realidades y tensiones de un derecho sui géneris

Capítulo tercero

El mito del usufructo colectivo y la realidad del usufructo individual

*El jurista no puede dejar de mirar los tiempos históricos más remotos,
las raíces de una sociedad y de una civilización donde surge el derecho.*

Paolo Grossi

*Para todos los pobladores es claro que la tradición ha regulado el ejercicio
de una propiedad privada sobre las tierras de cultivo, mina o espacios para la vivienda.*

William Villa

En cuanto al usufructo individual, este se define por el derecho que tiene cada miembro del grupo familiar a utilizar el lote de tierra que le corresponde de acuerdo con las prescripciones de la herencia, las cuales se rigen tanto por principios biológicos como por lazos afectivos. Así, la tierra es heredada tanto por los hijos biológicos, como por aquellos parientes que hayan sostenido vínculos muy estrechos con la familia.

Sandra Patricia Martínez Basallo

Presentación

En el lenguaje común de la legislación civil uno de los derechos básicos, después del dominio, es el derecho al usufructo, reconocido también a las comunidades negras en virtud de la Ley 70 1993 (art. 5.º) y el Decreto 1745 de 1995 (arts. 6.º, 11, 32 y 33) disposiciones que serán analizadas más adelante en este mismo capítulo.

A partir de esa consagración, y por la connotación que se da en esta tesis al derecho a la propiedad colectiva como un derecho sui géneris, en esta sección se asume un nuevo reto indicado al finalizar el capítulo anterior: i. Evidenciar que el usufructo de la legislación civil y el usufructo reconocido en la legislación especial de comunidades negras son figuras diferentes, y ii. Demostrar que no es apropiado por el fundamento ético, los atributos, el contenido y el ejercicio del derecho a la propiedad colectiva, emplear el término “usufructo” para referirse a la forma de propiedad ejercida por las comunidades negras.

Para ello este acápite se divide en cuatro partes. En la primera se describe, de acuerdo con la doctrina y la legislación civil, qué es el usufructo, destacando sus aspectos más relevantes, entre ellos el concepto que lo define, sus principales características y sus formas de constitución y extinción, con el fin de perfilar los puntos que diferencian esta figura del “usufructo” propio de las comunidades negras; como bien lo explica Domínguez (1993, p. IX), el usufructo ha sido objeto de un gran número de estudios y consideraciones doctrinales, sin embargo, el objetivo de este capítulo no es realizar un estudio general del

usufructo³⁰⁸ sino comparar el que describe la legislación civil con el ejercido por las comunidades negras.

En la segunda parte, con la ayuda de documentos históricos, antropológicos y sociológicos, y mediante el análisis de la revisión de algunos reglamentos internos de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras en el Chocó, se describen las características del “usufructo” previsto para las familias que hacen parte de un consejo comunitario. En la tercera sección de este capítulo se identifican las diferencias entre ambas figuras.

Finalmente, en la cuarta sección del capítulo tercero, y a manera de ilustración, se presentan algunas situaciones especiales que ocurren en territorios colectivos en virtud de la asimilación de figuras que son diferentes (el usufructo civil y la forma de apropiación de las comunidades negras).

Para el análisis propuesto, teniendo en cuenta que no es objeto de esta tesis realizar una revisión de las normas que rigen la organización y funcionamiento interno de los consejos comunitarios de comunidades negras³⁰⁹, y tal como se hizo en el capítulo anterior, se incorpora parte del contenido de algunos reglamentos internos que fueron seleccionados como una muestra que ejemplifica el ejercicio real del llamado usufructo en territorios colectivos de comunidades negras.

³⁰⁸ Por ejemplo, en esta tesis no se profundiza en la figura del cuasiusufructo, las clases de usufructos (usufructos sucesivos o alternativos, usufructo simultáneo, usufructo universal, usufructo particular y los usufructos especiales). Según Gatti (1984, p. 148) el cuasiusufructo es la figura más típica de los derechos reales y es el derecho que se tiene sobre las cosas fungibles o consumibles que son objeto de su derecho, pero nada tiene que ver con el usufructo, pues se trata del derecho de dominio.

³⁰⁹ Un ejemplo en ese sentido es la tesis de grado de S. Ángel Baquero (2011). *Los Consejos Comunitarios del Medio Atrato en la vía del posdesarrollo. Hacia un modelo deliberativo de organización de las comunidades negras*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

Los reglamentos seleccionados para esta sección corresponden a trece Consejos Comunitarios del Departamento del Chocó³¹⁰ por ser el departamento que agrupa el mayor número de consejos con reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva en el país. Según respuesta del Instituto Colombiano de Desarrollo, Dirección Territorial Chocó (Radicado 3022 del 5 de junio de 2015), hasta junio de 2015 se entregaron 60 títulos que acreditan la propiedad colectiva para igual número de consejos comunitarios (cfr. Anexo 2 tabla 6. Consejos titulados por año en el departamento del Chocó y Anexo 3 tabla 7. Consejos Comunitarios del Chocó por familias). Uno de los consejos integrado por el mayor número de familias (7.904 a la fecha de otorgamiento, 29 de diciembre de 1997) a las cuales, según la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, se les asignan áreas en las que se ejerce el denominado usufructo es el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (COCOMACIA) que también está ubicado en ese departamento.

³¹⁰ Para la selección de los reglamentos internos que servirán de base para el capítulo sobre usufructo se seleccionaron los consejos comunitarios teniendo en cuenta varios criterios: 1. Aquellos ubicados por regiones naturales del departamento del Chocó (cfr. en Anexos 4 la Tabla 8); 2. Aquellos con el mayor número de familias integrantes del consejo, teniendo en cuenta que el usufructo en comunidades negras se asigna principalmente a familias e individuos, y 3. Aquellos con facilidades para el acceso de la información. (teniendo en cuenta que muchos consejos están distantes de la capital del departamento, lo cual dificulta el contacto con sus representantes legales. Además, algunos consejos no tienen disponibilidad para suministrar la información pese a las solicitudes escritas presentadas). Para obtener copia de los reglamentos internos se presentaron solicitudes escritas de petición de información a los representantes legales de los consejos comunitarios y a la organización que agrupa, entre otros, a los consejos del Chocó, denominada Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FISCH), en donde se les explicó la investigación que se realiza y la finalidad de los documentos solicitados (cfr. Anexo 5. Modelo de solicitud presentada al FISCH). De esa manera se seleccionaron los reglamentos que servirán de ilustración para la consagración del usufructo. Con la salvedad de que no se hizo trabajo de campo en terreno; es decir, en cada consejo comunitario no hubo contacto directo con los hechos, sino mediato (López, 2002). Se escogieron los consejos comunitarios con mayor número de familias procurando, además, seleccionar consejos comunitarios por cada región del departamento.

3.1. El usufructo de la legislación civil

Otro de los derechos reales que a la vez constituye limitación al dominio (Ochoa, 2003, p. 285; Rico, 2012, p. 166) es una antítesis rotunda del derecho de propiedad (Venezian, 1928, p. 15), y además es el derecho de goce por excelencia (Lasarte, 2005, p. 291), es el usufructo. Según Velásquez (2014, p. 459), la palabra usufructo se deriva de las voces latinas *usus*, que significa uso y *fructus*, fruto³¹¹.

Antes de entrar en la definición de la figura se debe advertir, como lo hizo Ballester (1989, p. 177), que el derecho al usufructo tiene su origen en Roma dentro del derecho sucesorio: “... el usufructo tenía como función atender la subsistencia de la viuda, garantizándole el disfrute de los mismos bienes que gozaba en vida el *paterfamilias*” (Lasarte, 2005, p. 293). Aunque Velásquez (2014, p. 459) también manifiesta que en el derecho romano³¹² el usufructo se consideró una servidumbre personal destinada a contribuir al sostenimiento del individuo³¹³, y en el Código de Napoleón se planteó como un derecho de naturaleza especial (Arce y Cervantes, 1990, p. 87).

³¹¹ Venezian (1928, p. 1) explica el origen etimológico del término usufructo señalando que proviene del latín *usufructus* y se compone de dos sustantivos: *usus* y *fructus*; *usus* procede de *utor* e significa servirse de una cosa como medio o instrumento para procurarse una satisfacción; y *fructus* que, según el autor, antes de ser restringida a un efecto como lo está en nuestra palabra fruto, indica la acción o acto mediante el cual se logra el efecto, procede de *fruor*, vocablo que tiene quizá relación con *frago* (*frango*) y con la expresión de la primera forma material de goce o disfrute.

³¹² Domínguez (1993, p. 27) explica que en Roma, además de favorecer a la viuda, el usufructo nacía también a favor de otras personas de la familia (ancianos, solteras, locos, inválidos, etc.), a las que no se quería hacer herederas, pero tampoco privarlas por completo de determinados bienes dejándolas totalmente desprotegidas. Así pues, concluye Domínguez (1993, p. 28), el usufructo surgió con un carácter alimenticio, es decir la intención de proteger a los propios miembros de la familia, quienes por una razón u otra, al morir quien constituía su principal medio de subsistencia, podrían quedar desamparados.

³¹³ Alessandri y Somarriva (1982, p. 644) señalan: “El derecho de usufructo, al igual que el derecho de uso y habitación fueron agrupados en el derecho romano, al menos en la época de Justiniano, bajo la común

3.1.1. El concepto clásico de usufructo

Para Barragán (1979, p. 167), al igual que para la mayoría de los doctrinantes³¹⁴, el derecho de usufructo es un derecho real, principal y temporal, que otorga a su titular la facultad de usar y disfrutar de una cosa³¹⁵ que pertenece en propiedad a otro; es un derecho real limitado³¹⁶ (Barassi, 1955, p. 73). Según Gonzáles Barrón (2005, p. 1005), esta definición, con más o menos variantes, está presente en todos los códigos del mundo y tiene claramente su origen histórico en el derecho romano.

denominación de servidumbres personales, en contraposición a las servidumbres prediales. Las primeras se establecían en interés de una persona y las segundas en interés de un fundo o predio”.

³¹⁴ Por ejemplo, Lasarte (2005, p. 291) dice que es un derecho real de goce por excelencia, en virtud del cual una persona puede disfrutar (esto es, poseer los frutos y rendimientos) de una cosa ajena y desde los tiempos romanos se conoce con el nombre de usufructo. En el mismo sentido, Peñailillo (1997, p. 317), Ballester (1989, p. 291), Venezian (1928, p. 3), Anzola (1918) señalan que el usufructo es la segunda limitación del dominio. Cfr. así mismo, Alessandri, Somarriva y Vonadovich (1993, p. 24).

³¹⁵ En relación con el concepto de cosa el profesor Mauricio Rengifo Gardeazábal (2011, p. 246) explica: “En la doctrina romana encontramos por primera vez los conceptos que habrían de servir como materia prima para elaborar las modernas teorías del patrimonio. El punto de partida es el concepto abstracto de *res*. La traducción más general de la palabra latina sería ‘cosa’. Sin embargo, todo parece indicar que este sentido general no era el empleado por los romanos. El verdadero significado de *res* sería más bien el de ‘asunto’ o ‘cuestión’. Al menos es lo que quiere decirse cuando aparece en expresiones más largas como *res publica* (cuestión o asunto del pueblo) *res secundae* (cuestión o asunto favorable). Los juristas elaboraron varias clasificaciones de la *res*, las cuales servirían como fundamento de numerosas construcciones dogmáticas como los conceptos de cosas corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, cosas comerciables y no comerciables”.

³¹⁶ Según las explicaciones de Acedo (2013, p. 28) a algunos derechos reales se les llama “limitados” porque, de un lado, no permiten a su titular la plenitud de los poderes que sobre la cosa dominada otorga la propiedad sino tan solo algunos de sus aspectos, y de otro, al recaer sobre cosa ajena limitan el derecho de propiedad del bien a su propietario, que no podrá ejercerlo con la misma intensidad con la que podría disfrutarlo si no existiera sobre la cosa tal derecho real limitado.

De ahí que, explica Ochoa (2003, p. 285), en el usufructo se dan simultáneamente dos derechos reales de contenido distinto: de una parte, el derecho real del nudo propietario en el que se conserva la facultad de disposición, y de otra, el derecho real del usufructuario que se concreta en el uso y goce del bien por un tiempo limitado o determinado, “siendo imprescindible la existencia de otra persona que tenga la nuda propiedad” (Ruiz Serramalera, 1982, p. 13).

Por esa razón, dice Gatti (1984, p. 138), el usufructo es un derecho real que en un orden decreciente de contenido sigue al dominio, ya que el usufructuario solo puede usar y gozar, pero no disponer de la cosa; aún más, el *ius utendi* y el *ius fruendi* del usufructuario son menos amplios que los del dueño, pues mientras este puede usar y gozar de la cosa como quiera, aquél solo puede hacerlo conforme al destino determinado por el dueño.

A partir de las definiciones de usufructo elaboradas por Bonfante, Mazeud, Barbero, entre otros, Domínguez (1993, p. 32) ofrece la siguiente: “Es un derecho real, temporal, por naturaleza y como máximo vitalicio, para usar y disfrutar de los bienes ajenos, sin alterar, salvo casos excepcionales, su forma ni substancia”.

Para Venezian (1928) el derecho de usufructo comprende la relación vitalicia o temporalmente limitada entre las personas y las cosas o los derechos.

Los artículos 823 al 869 del Título IX del Código Civil colombiano regula la figura del usufructo así:

Artículo 823. *Concepto de usufructo.* El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible.

Según Barragán (1971, p. 166), aunque la anterior definición contiene los elementos esenciales constitutivos del derecho al usufructo, comprende más de lo que debe abarcar ese derecho al cobijar el caso de que la cosa sea fungible, por lo que propone un concepto que para él es más satisfactorio, a saber: “El derecho de usufructo es un derecho real,

principal, temporal que otorga a su titular la facultad de usar y disfrutar de una cosa que pertenece en propiedad a otro”.

En ese concepto también está incluida la naturaleza del usufructo que, según la descripción de Ruiz Serramalera (1982, p. 13), se concreta en ser un derecho real sobre cosa ajena, de carácter autónomo, independiente y de duración temporalmente limitada. Nótese que para hablar de usufructo en todos los conceptos presentados es indispensable que concurren los siguientes tres aspectos que se denominarán elementos objetivos:

1. Una cosa para ejercer el derecho;
2. Que los titulares del usufructo existan de forma independiente o que sean personas diferentes, es decir, siempre habrá dos sujetos, el titular del derecho y el usufructuario³¹⁷. Visoso del Valle (2006, p. 14) señala que para hablar de usufructo es necesario que existan un sujeto activo, que es el titular del derecho con la facultad de usar y disfrutar los bienes ajenos, y un sujeto pasivo, que además de ser forzosamente el propietario del bien, debe soportar el uso y disfrute de sus bienes e incluso cumplir determinadas prestaciones, y
3. El establecimiento de un límite en el tiempo, porque es un derecho temporal. Según Visoso del Valle (2006, p. 17), este es un elemento esencial del usufructo.

Finalmente, hay otro elemento, que para esta tesis se llamará subjetivo, que consiste en reconocer que la propiedad es de un sujeto diferente al usufructuario.

Otros autores, como Domínguez (1993, p. 44), consideran que el usufructo está constituido por tres elementos; dos personales y uno real. En los elementos personales se clasifican el nudo propietario y el usufructuario, y el elemento real u objeto del usufructo lo constituye el bien sobre el cual ese derecho recae.

³¹⁷ Aunque, Peñailillo (1997, p. 320) propone la concurrencia de tres sujetos: “El constituyente, que es quien crea el usufructo; el nudo propietario, que tiene propiedad sobre la cosa y puede ser el mismo constituyente, y el usufructuario que es titular del derecho real de usufructo”.

En el mismo sentido, Rico (2012, p. 166) señala que de la definición de usufructo se pueden deducir sus elementos estructurales (los sujetos) que son dos: el elemento subjetivo, es decir, el nudo propietario y el usufructuario que lo recibe a título de mero tenedor; y el elemento objetivo, que permite que sea perfectamente posible constituir el usufructo tanto sobre bienes muebles como inmuebles.

Entonces, la doctrina clásica coincide en que “nunca puede suceder que el dueño sea titular de otro derecho real sobre la misma cosa, porque quien ya es dueño no necesita tener sobre ella otro derecho real, por ser el dominio el derecho de mayor contenido que encierra todas las facultades posibles” (Areán, 2003 p. 243).

3.1.2. Las características esenciales del usufructo

Acedo (2013, p. 178) advierte cuatro notas esenciales en el usufructo: es un derecho real material de disfrute; mobiliario o inmobiliario porque puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles; temporal, y transmisible por cualquier título.

El usufructo se caracteriza por ser: 1. Un derecho real principal. Real porque se trata de la pertenencia de bienes a favor de las personas, y principal porque es autónomo; 2. Un derecho de uso y goce temporal de un bien, derecho que otorga solo dos facultades al usufructuario: usar y disfrutar, pues el propietario se queda con la disposición y la reivindicación; 3. Un derecho que recae siempre sobre un bien ajeno porque no se puede usufructuar un bien propio, y 4. Un derecho que faculta al usufructuario para mejorar la cosa pero no para alterar su sustancia o forma (Acedo, 2013, p. 182).

Según Domínguez (1993, p. 63), las características esenciales del usufructo no pueden ser cambiadas (p. ej., no se puede pactar la existencia de un usufructo interminable); de acuerdo con la doctrina civilista algunas de ellas, como las resume Ruiz Serramalera (1982, p. 14), son: a. Se trata de un derecho real³¹⁸; b. Es ejercido sobre cosa ajena; c. Es temporal

³¹⁸ Dado que se ejerce sobre una cosa sin consideración a persona determinada y el usufructuario puede ejercer acciones reivindicatorias y posesorias para su defensa, precisa Velásquez (2014, p. 459). Además,

o de duración limitada; d. Es transmisible de forma que puede enajenarse³¹⁹; e. Confiere la mera tenencia de la cosa³²⁰; f. Es solemne pues debe constituirse por escritura registrada en una oficina de instrumentos públicos³²¹, y g. Admite la divisibilidad y la embargabilidad³²².

expone Rico (2012, p. 168), es un derecho real no solo porque el Código Civil lo enlistó como tal, sino porque goza de las notas propias de los derechos reales como son su carácter *in re, erga omnes* y las prerrogativas de persecución y preferencia.

³¹⁹ Según Domínguez (1993, p. 41), la posibilidad de transmitir el usufructo es una característica del usufructo moderno, ya que no era transmisible en sus orígenes; más aún, en el derecho romano la enajenación de este derecho era causa de su extinción, pues era considerado un derecho estrictamente personal; únicamente podía cederse su ejercicio, pero nunca el derecho mismo. A excepción de las otras características, hay disparidad en la doctrina respecto de la transmisibilidad del usufructo. Así, para Rotondi (1953, p. 283) el usufructo se puede constituir por testamento a causa de muerte; aunque Peñailillo (1997, p. 318), Alessandri y Somarriva (1982, p. 647), y Rico (2012, p. 169) dicen, al igual que otros autores, que el usufructo es un derecho intrasmisible y solo negociable por acto entre vivos; el “usufructuario no puede transmitir su derecho por herencia”. Para Arce y Cervantes (1990, p. 87) es un derecho “personalísimo” (Domínguez, 1993, p. 42). En el mismo sentido de Peñailillo (1997) se expresa Velásquez (2014, p. 460), para quien el usufructo es intrasmisible y temporal, ya que muerto el usufructuario el derecho no se transmite a sus herederos debido a lo consagrado en artículo 832 del Código Civil colombiano, salvo que el usufructo se constituya bajo la modalidad de tiempo compartido (multiusufructo), en el cual se permite su transmisibilidad por causa de muerte. En Colombia, el Código Civil (art. 832) establece que el usufructo es intrasmisible por testamento o abintestato, de lo que se entiende que se transfiere por acto entre vivos. De ahí que para Ochoa (2003, p. 286) el usufructuario puede usar la cosa, percibir sus frutos, arrendarla, prestarla, hipotecar su derecho de usufructo, cederlo a cualquier título como permuta, venta, donación, aporte, e incluso los acreedores pueden embargar ese derecho de usufructo, pues es distinto a la cosa sobre la cual recae.

³²⁰ De acuerdo con Peñailillo (1997, p. 318) en el usufructo se reconoce dominio ajeno. Precisamente por tratarse de una limitación al dominio, dice Rico (2012, p. 169), el usufructo se ejerce sobre un bien cuyo titular conserva la facultad de disposición, pero no el uso y el goce; por idéntica razón es indispensable la existencia de dos sujetos en el usufructo: el constituyente y el usufructuario. Según Anzola (1918, p. 351), el usufructuario es un tenedor que goza de la cosa por el propietario; no posee sobre ella el *animus domini*, porque sabe y reconoce que la cosa es ajena. Según Vélez Rojas (2014, p. 131), el usufructuario tradicional no puede disponer libremente de sus bienes y está obligado a conservar y a restituir. De acuerdo con Anzola (1918, p. 350), el usufructo traspasa el derecho de utilizar o recoger los frutos de una cosa por tiempo limitado

Aunque, las características señaladas definen el derecho al usufructo, nos concentraremos en explicar solo aquellas que permiten contrastar en mayor medida el usufructo de la legislación civil con el “usufructo” que se da en los territorios de las comunidades negras; al respecto, resultan relevantes:

a. *Es ejercido sobre cosa ajena.* En virtud de esta característica el usufructo, que es un derecho real de disfrute sobre cosa ajena (Papaño et al., 1989, p. 25), “supone necesariamente dos personas, el usufructuario, que tiene las facultades de goce y uso de la cosa y el nudo propietario que tiene la facultad de disposición”: Alessandri y Somarriva (1982, pp. 646-647).

Es esencial que las calidades de nudo propietario y de usufructuario se encuentren separadas (Alessandri y Somarriva, 1982, pp. 646-647) porque de lo contrario (si se unen en una misma persona), según Barragán (1971, p. 169), el derecho desaparece como figura jurídica autónoma, torna a su ser natural de poder, facultad o elemento del derecho de propiedad pleno y completo, que al ser reintegrado vuelve a adquirir toda su plenitud.

En virtud de esa separación, señala Arce y Cervantes (1990, p. 87), se dice que la propiedad está desmembrada, por lo que el usufructo es una desmembración de la propiedad, ya que

a quien no es verdadero dueño de la cosa. La cosa se debe devolver en el tiempo debido (Anzola, 1918, p. 351).

³²¹ Una nota característica del usufructo en la legislación colombiana es su solemnidad requerida para bienes inmuebles. Así, el artículo 826 del Código Civil exige que el usufructo que recae sobre inmuebles por acto entre vivos no vale si no se otorga por instrumento público inscrito. Igualmente, Rico (2012, p. 169) señala que el usufructo que versa sobre inmuebles por acto entre vivos no valdrá si no se otorga por instrumento público inscrito, pero sobre muebles es meramente consensual, es decir, no requiere solemnidad.

³²² Según Borda (1992, p. 14) el usufructo es divisible puesto que puede ser constituido en favor de varias personas simultáneamente, y por ser embargable, señala Rico (2012, p. 170), puede servir en prenda general de los acreedores. Igualmente, Domínguez (1993, p. 36) relaciona como un carácter general del derecho al usufructo ser un desmembramiento de la propiedad, ya que, como se ha visto, por una parte, el nudo propietario tiene la facultad de disposición y el usufructuario la facultad de usar, gozar y disfrutar de la cosa.

en este derecho el aprovechamiento es parcial y se ejerce bajo la forma de uso y disfrute (Domínguez, 1993, p. 18).

Barragán (1971, p. 168) denomina esa característica “coexistencia de dos derechos reales principales pero diferentes” que, además de ser esencial en el derecho de usufructo, es productora también de importantes consecuencias en forma de derechos y obligaciones. También, dice Rico (2012, p. 169), el carácter independiente y autónomo que se da en el usufructo por la coexistencia de los dos derechos niega la posibilidad de la existencia de una comunidad sobre los derechos, precisamente por ser distintos.

Según Acedo (2013, p. 179), para constituir un usufructo se necesita que intervengan en la relación jurídica, de una parte, el propietario de la cosa al que se denomina nudo propietario, y de otra, el usufructuario, que es el titular de ese derecho real de goce en cosa ajena. Por eso dice Barragán (1971, p. 168) que en el usufructo hay dos derechos diferentes radicados en cabezas de personas distintas que recaen sobre una misma cosa en general.

Ahora bien, retomando el carácter de la cosa u objeto material del usufructo, que también puede denominarse bien, algunos tratadistas como Venezian (1928, p. 8) describen que el concepto de bienes lo integran varios elementos, entre ellos la posibilidad de disponer, pues una cosa no es bien para el que no puede disponer de ella en alguna forma. Así mismo, los bienes son todas aquellas cosas y derechos que pueden ser objeto de comercio, pues en derecho se dice que son objeto de apropiación todos los bienes que no están excluidos del comercio.

b. *Es un derecho temporal o de duración limitada.* Ello, debido a que tiene un plazo³²³. Esta característica, dice Domínguez (1993, p. 33), es lógica y de una gran importancia,

³²³ El profesor Carrejo (1952, p. 245) explicaba que por la característica de temporalidad es que el usufructo se diferencia claramente del derecho de propiedad. Según Lasarte (2005, p. 292), la temporalidad o carácter temporal es una de las notas fundamentales que caracterizan el derecho al usufructo; para este autor, en virtud de esa característica se establece una duración del usufructo que varía según se trate de persona jurídica o

porque además de establecer diferencias con la propiedad, se corre el riesgo de que un derecho de propiedad esté permanentemente gravado.

Según Valencia y Ortiz (1996, p. 125), el usufructo solo puede durar un tiempo determinado, o a lo sumo durante la vida del usufructuario. En igual sentido se expresan Malaurie y Aynés (2013, p. 232) para quienes la característica esencial del usufructo son su condición temporal y su carácter de derecho real³²⁴.

De acuerdo con el artículo 829 del Código Civil, el usufructo puede constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario; sin embargo, cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración se entenderá que es por toda la vida del usufructuario. Aunque el ya citado artículo 829 del Código Civil estipula que el usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera no podrá pasar de treinta años³²⁵.

física. Si es una persona jurídica dura 30 años y si es persona física se establece como tope máximo la vida del usufructuario.

³²⁴ Al respecto, el Código Civil colombiano establece: “Artículo 851. *Arrendamiento de la cosa fructuaria*. El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo. Artículo 852. *Arrendamiento y cesión del usufructo*. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera, a título oneroso o gratuito. // Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiere prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición. El usufructuario que contraviniera a esta disposición, perderá el derecho de usufructo.

³²⁵ En virtud de la característica de temporalidad, también según Anzola (1918, pp. 350-351), a pesar de que el usufructo traspasa el derecho de utilizar o recoger los frutos de una cosa por tiempo limitado a quien no es verdadero dueño de la cosa, la cosa, según Vélez Rojas (2014, p. 131), se debe devolver en el tiempo debido; y, además, el usufructuario no puede disponer libremente de los bienes estando obligado a conservar y a restituir.

Para Rotondi (1953, p. 278) en el derecho de usufructo se produce un desdoblamiento del derecho de propiedad fundamental o de la nuda propiedad y un derecho menor sobre lo separado, que recae sobre la cosa misma y que comprende temporalmente una facultad de goce muy extensa³²⁶.

Resumiendo, "... el derecho de usufructo es por esencia temporal y vitalicio" (Domínguez, 1993, p. 26) pues dura toda la vida del usufructuario, tiene un plazo y obliga a la restitución de la cosa usufrutuada.

3.1.3. Finalidad del usufructo civil

Según Venezian (1928, p. 3), la separación del derecho de goce del de propiedad responde a una relación económica que puede darse en toda clase de bienes. Con base en esa manifestación, el usufructo de la legislación civil busca generar y aprovechar en mayor medida las utilidades de la cosa.

Al igual que el derecho de propiedad (Venezian, 1928, p. 3), "El usufructo está inspirado en un concepto económico"; de acuerdo con Gonzáles Barrón (2005, p. 478) no se puede olvidar que uno de los motivos de la aparición de la propiedad privada es económico, es decir, la propiedad privada aparece por la escasez de materias primas y recursos naturales, lo cual ocasiona la necesidad de establecer instituciones que aseguren la colocación y asignación de los recursos en manos de quienes mejor saben explotarlos, y solo se otorga a un sujeto excluyendo a los demás.

Una vez definido el concepto y las características del usufructo, avancemos en el objeto, la forma de constitución, las obligaciones y los derechos que se derivan de esa figura.

³²⁶ Otras características del usufructo es que supone un derecho de goce completo. Así según Alessandri y Somarriva (1982, p. 646) el derecho de usufructo comprende el uso, el goce de la cosa y permite disponer de todos sus frutos. Dice Rotondi (1953, p. 278) que es el derecho de goce típico.

3.1.4. Objeto del usufructo y forma de constitución

En cuanto al objeto, el usufructo civil puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles³²⁷, sobre cosas fungibles y no fungibles³²⁸, corporales o incorporeales³²⁹, razón por la cual, dice

³²⁷ Según Velásquez (2014, p. 460): “El Código Civil colombiano, impropriamente menciona cosas fungibles y no fungibles. El término correcto que debió utilizar el legislador es el de cosas consumibles y no consumibles, en el sentido de si las cosas desaparecen o no con su primer uso. Si la cosa no desaparece con su primer uso, por ejemplo, una máquina de escribir, es consumible, y el usufructuario debe restituirla a la finalización del usufructo”. Cuando el usufructo recae sobre cosas consumibles se forma lo que la doctrina ha denominado cuasiusufructo, pero el usufructo debe, según el autor en comento, realizarse técnica y jurídicamente siempre sobre cosas inconsumibles. Rico (2012, p. 167) manifiesta que se tipifica lo que la doctrina ha llamado cuasiusufructo cuando se está en presencia de cosas consumibles; denominación que surge precisamente del hecho de que, teniendo el titular del usufructo que conservar y restituir la cosa, mal podría hacerlo frente a las consumibles, por lo que ha de entenderse hecha a fungibles, de manera que una vez consumidas puedan restituirse otras similares. Esta figura, según Rico (2012, p. 167), ha merecido amplias críticas por desnaturalizar la esencia misma del usufructo y el deber de uso y conservación de forma y sustancia. Cfr. Código Civil. “Artículo 846. *Usufructo de muebles*. El usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa”.

³²⁸ Código Civil. “Artículo 848. *Usufructo de cosas fungibles*. Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que estas tengan al tiempo de terminarse el usufructo [...] Artículo 826. *Usufructo sobre bienes inmuebles*. El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito”.

³²⁹ Para Venezian (1928, p. 10) los bienes incorporeales son unas cosas materiales o servicios en relación de subordinados con una potestad distinta del derecho de propiedad; esta relación constituye la condición y el medio merced al cual puede obtenerse utilidad, y el usufructo sobre esta clase de bienes representa que en dicha relación de potestad se inserta otra relación de poder. Rico (2012, p. 167) señala que la doctrina Chilena extiende esta posibilidad a los bienes incorporeales, ya sea en forma parcial o total. También explica que la legislación Argentina autoriza establecer el usufructo sobre toda especie de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, que puedan ser vendidos o donados, y sobre todos los que puedan ser dejados por

Ruiz Serramalera (1982, p. 14), es un derecho mobiliario o inmobiliario, ya que puede recaer sobre toda clase de bienes; no obstante la estipulación legal, en esta tesis se comparte la apreciación de Velásquez (2014, p. 461) en cuanto a que es meterse en camisa de once varas aplicar la figura del usufructo a cosas consumibles.

Asimismo, Venezian (1928, p. 3) señala que al igual que el derecho de propiedad, solo pueden ser objeto del derecho de usufructo los bienes que ofrecen una utilidad reiterada y los susceptibles de renovar la satisfacción de iguales o diversas necesidades en épocas distintas; pero no pueden serlo aquellos bienes que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas.

Posición que también es apoyada por Rotondi (1953, p. 283), y por los autores colombianos Ternerá (2015, p. 88), Carrejo (1962, p. 248) y Valencia y Ortiz (1996, p. 123) para quienes, aunque el usufructo puede recaer sobre bienes muebles no puede hacerlo sobre todas las cosas, ya que las cosas fungibles, las de uso personal y otras, son refractarias a ese derecho. Para Lasarte (2005, p. 298) el objeto del usufructo puede ser tanto cosas muebles como inmuebles, pero naturalmente tales cosas deben cumplir los requisitos generales de ser susceptibles de apropiación, ser transmisibles y no estar fuera del comercio.

Para la constitución del usufructo, tal como lo explica Peñailillo (1997, p. 322), o lo establece el Código Civil colombiano³³⁰, hay varias fuentes o modos; así, el usufructo se constituye por ley, por voluntad del propietario, por prescripción y por sentencia judicial. No obstante, se debe advertir que en Colombia el usufructo no se constituye por sentencia judicial y que la voluntad del propietario se puede expresar mediante la donación, la venta u

disposiciones de última voluntad. En cuanto a los bienes que no son cosas, previene que solo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estén representados por sus respectivos instrumentos, y si no lo están, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho que lleguen a poder del usufructuario serán su objeto futuro.

³³⁰ “Artículo 825. *Modos de constitución*. El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos: 1o.) Por la ley, como el del padre de familia, sobre ciertos bienes del hijo. 2o.) Por testamento. 3o.) Por donación, venta u otro acto entre vivos. 4o.) Se puede también adquirir un usufructo por prescripción”.

otro acto entre vivos. Por estas formas de constitución, señala Ruiz Serramalera (1982, p. 18), el usufructo es el resultado de la existencia de un título anterior que lo crea.

3.1.5. Derechos y obligaciones derivados del usufructo

Según Barragán (1971, p. 181), los derechos y obligaciones derivados del usufructo representan la totalidad de su contenido, pero “... corresponden, por una parte al usufructuario y por otra al nudo propietario” (Domínguez, 1993, p. 63). Se hace énfasis aquí en los derechos y obligaciones del usufructuario porque en el capítulo segundo se mencionaron los derechos y obligaciones derivados en general del derecho a la propiedad³³¹. En tal sentido, y teniendo en cuenta el concepto y las características presentadas en líneas precedentes, el usufructo genera para el usufructuario los siguientes derechos³³²:

a. *Derecho a los frutos*³³³. Para Barragán (1971, p. 180) el concepto jurídico de fruto está íntimamente vinculado al concepto económico de productividad. Para que pueda hablarse

³³¹ Según Velásquez (2010, pp. 476-479) el nudo propietario tiene el derecho de disposición, derecho a obtener los frutos pendientes al momento de la restitución del bien, derecho a indemnizaciones, derecho al tesoro, derecho a solicitar jurisdiccionalmente la terminación del usufructo, a entablar acciones reales, posesorias y la acción personal de restitución. En cuanto a las obligaciones señala: atender las reparaciones mayores, indemnizar al usufructuario por los perjuicios causados, auxiliar al usufructuario en la defensa de la cosa fructuaria. A esta relación Ochoa (2003, p. 293) le adiciona la obligación de saneamiento, pues el nudo propietario está obligado a salir en defensa del usufructuario en caso de que por algún motivo este no pueda ejercer su derecho de usufructo por causa imputable a aquel. Para Lasarte (2005, p. 319) durante la vigencia estos derechos coexisten respecto de la misma cosa y funcionan con absoluta independencia, además, su respectivo titular podrá disponer de ellos, ya que ambos tienen valor económico.

³³² Según Barragán (1971, p. 180), con la denominación de derechos se designan los poderes de que está investido el usufructuario y que, de acuerdo con la definición del derecho de usufructo, representan la totalidad de su contenido.

³³³ Para Gonzáles Barrón (2005, p. 1009) las facultades del usufructo no se reducen a la percepción de los frutos, conforme se cree a veces por influencia de la terminología *usufructus*. La explotación económica de un

de frutos, ya sean civiles o naturales³³⁴, se requiere que el fruto pueda ser separado de la cosa que lo produce, que haya periodicidad en su recolección y el mantenimiento de la sustancia de la cosa que lo produce, garantizando siempre que quede a salvo su destino económico después de obtenido el fruto.

De acuerdo con Barragán (1971, p. 180), si falta alguno de los anteriores elementos no se estará ante un fruto en sentido jurídico y económico, no obstante que en sentido común y corriente pudiera denominársele así.

Los artículos 840 y 849 del Código Civil establecen que el usufructuario de una cosa inmueble tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, incluso los pendientes, al tiempo de deferirse el usufructo. Además, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo, pertenecerán al propietario y los frutos civiles al usufructuario día por día.

Otros derechos derivados de la figura en estudio son: b. *Derecho al goce de las servidumbres*; c. *Derecho al disfrute de bosques, arbolados, minas y canteras*; d. *Derecho al disfrute de rebaños o ganados*³³⁵; e. *Derecho a dar en arrendamiento la cosa*³³⁶ o “... el

bien no se reduce a recoger los frutos, sino que abarca el servirse de su valor de uso, o insertar el bien en una actividad de empresa para obtener utilidades.

³³⁴ Según Barragán (1971, p. 181), los frutos naturales son los productos que provienen directamente de la cosa según las leyes de la naturaleza, ya sea que para obtenerlos haya intervención de la mano del hombre o que se obtengan sin esa intervención. Los frutos civiles son aquellos bienes que representan la compensación generalmente en dinero. Estos frutos no se producen por virtud de las leyes de la naturaleza, sino que se originan en la voluntad de la persona, que para obtenerlos realiza una operación o un negocio jurídico.

³³⁵ “Artículo 847. *Usufructo de ganados*. El usufructuario de ganados o rebaños es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños, salvo que la muerte o pérdida fueren imputables a su hecho o culpa, pues en este caso deberá indemnizar al propietario. Si el ganado o rebaño perece del todo o en gran parte por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no está obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse”.

arrendamiento de su derecho” (Domínguez, 1993, p. 71), o el derecho a ceder el ejercicio del usufructo (Velásquez, 2010, p. 470) que “termina cuando termina el usufructo” (Borda, 1992 p. 43); f. *Derecho de transmitir el usufructo, pero solo por acto entre vivos*; g. *Derecho a realizar las reparaciones necesarias e indispensables para la conservación de la cosa*³³⁷; h. *Derecho de retención de la cosa*³³⁸, e i. *Derecho a las acciones naturales*³³⁹ según Velásquez (2010, p. 469).

³³⁶ “Artículo 851. *Arrendamiento de la cosa fructuaria*. El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo. Artículo 852. *Arrendamiento y cesión del usufructo*. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera, a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiere prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición. El usufructuario que contraviniera esta disposición, perderá el derecho de usufructo”.

³³⁷ “Artículo 856. *Expensas por obras o refacciones mayores de conservación*. Las obras o refacciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas. // El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria. Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas podrá el usufructuario, para liberrar la cosa fructuaria y conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés. Artículo 857. *Concepto de obras y refacciones mayores*. Se entiende por obras o refacciones mayores las que ocurren por una vez a largos intervalos de tiempo y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria [...] Artículo 860. *Mejoras voluntarias*. El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la cosa fructuaria; pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían. // Lo cual se entiende sin perjuicio de las convenciones que hayan intervenido entre el usufructuario y el propietario, relativamente a mejoras, o de lo que sobre esta materia se haya previsto en la constitución del usufructo”.

³³⁸ “Artículo 859. *Derecho de retención por el usufructuario*. El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario”.

Por su parte los deberes derivados del usufructo pueden clasificarse en anteriores, concurrentes y posteriores al usufructo (Ballester, 1989, p. 183), y se pueden resumir con Gonzáles Barrón (2005, p. 1019) así:

a. *Deber de conservación de la cosa.* Para Borda (1992, pp. 13, 40) el usufructo debe ser ejercido en tal forma que el uso y goce de la cosa no altere su sustancia, incluso puede realizar mejoras con tal de que no altere su sustancia ni su forma principal o “cambiar el uso que el propietario daba a la cosa” (Domínguez, 1993, p. 97);

b. *Deber de aseguramiento.* Consistente en el inventario y la prestación de una garantía. Acerca de este deber dice Velásquez (2010, p. 471) que antes de entrar en el goce del usufructo, el usufructuario asume a su costa la elaboración de un inventario solemne similar al elaborado por los curadores de bienes. Este requisito es indispensable para que el nudo propietario entregue la cosa al usufructuario.

Según Venezian (1928, p. 23) el inventario, o descripción del objeto sobre el cual recae el usufructo, es el elemento de juicio indispensable para apreciar la responsabilidad en que el usufructuario pueda incurrir por infracción de esas obligaciones, y asimismo la fianza que normalmente debe prestar.

Además, explica Velásquez (2010, p. 472), se debe constituir caución o garantía bien puede ser como hipoteca, prenda o fianza que garantice al nudo propietario el disfrute del bien en forma tal, que no le cauce perjuicio o desmejoras sustanciales.

En relación con el aseguramiento, Domínguez (1993, p. 91) señala que antes de entrar al goce del bien, se deben cumplir dos obligaciones: 1. Establecer el inventario, lo cual debe ser hecho a expensas del usufructuario y con citación del dueño, tasando los muebles y con constancia del estado en que los inmuebles se hallan, y 2. Otorgar fianza para garantizar al

³³⁹ “Artículo 844. *Usufructo de accesiones naturales.* El usufructo de una heredad se extiende a los aumentos que ella reciba por aluvión o por otras accesiones naturales”.

nudo propietario que disfrutará del bien con moderación y que lo restituirá con sus accesiones al extinguirse el usufructo, no empeorado o deteriorado por su negligencia.

Según las explicaciones de Rico (2012, p. 174), en el caso colombiano para poder entrar en ejercicio del derecho de usufructo es indispensable constituir la caución, ya que se trata de una garantía orientada no solo a la conservación sino también a la restitución de la cosa fructuaria, razón por la cual mientras no se otorgue no se puede tener la cosa; es una protección que anticipa y garantiza que se cumplirá con la obligación de restituir, aunque la legislación no expresa de forma literal cuál es la caución que se debe aplicar, aunque sí que se puede exonerar de la caución al usufructuario³⁴⁰.

³⁴⁰ “Artículo 834. *Caución e inventario solemne*. El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes. // Pero tanto el que constituye el usufructo como el propietario, podrán exonerar a la caución al usufructuario. // Ni es obligado a ella el donante que se reserva el usufructo de la cosa donada. // La caución del usufructuario de cosas fungibles se reducirá a la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución. // Artículo 835. *Ausencia de caución e inventario*. Mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado, y se termine el inventario, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario. // Artículo 836. *Incumplimiento de la prestación de caución*. Si el usufructuario no rinde la caución a que es obligado, dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez, a instancia del propietario, se adjudicará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidado de la administración. Podrá en el mismo caso tomar en arriendo la cosa fructuaria, o tomar prestados a interés los dineros fructuarios, de acuerdo con el usufructuario. Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa fructuaria, y dar los dineros a interés. Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas fungibles, y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan. // Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario o de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo. El usufructuario podrá, en todo tiempo, reclamar la administración, prestando la caución a que es obligado”.

c. *Restitución de la cosa*. Como ya señalamos, en el usufructo se reconocen dos partes, de forma que el usufructuario debe entregar la cosa al nudo propietario pues no es de su propiedad ya que solo tiene el goce y el disfrute.

Además, explica Arce y Cervantes (1990, p. 90), al usufructuario le corresponde: d. *El pago de contribuciones y cargas ordinarias*; e. *Hacer las reparaciones indispensables a título gratuito*; f. *Poner en conocimiento del propietario las perturbaciones de su derecho por un tercero*; g. *Respetar los arriendos preexistentes y recibir la cosa en el estado en que se encuentre* (Velásquez, 2010, p. 745), y h. *Rendir cuentas* (Domínguez, 1993, p. 104).

Lasarte (2005, p. 298) señala que, en relación con las obligaciones del usufructuario respecto de la conservación de las cosas usufructuadas le corresponde: ser diligente con la conservación de la cosa; asumir los gastos de las reparaciones ordinarias; avisar al propietario de la necesidad de reparaciones extraordinarias; abonar las cargas y los tributos, y comunicar al nudo propietario de cualesquiera perturbaciones del derecho de nuda propiedad.

En resumen, el usufructuario tiene obligaciones anteriores, concurrentes y posteriores al usufructo. Anteriores a su ejercicio son el inventario y la fianza que son obligaciones independientes, y obligaciones concurrentes como conservar las cosas con la diligencia de un buen padre de familia (Ballester, 1989, p. 183).

3.1.6. Extinción del usufructo

Teniendo en cuenta que el usufructo se caracteriza por su temporalidad, es decir, por tener un límite en el tiempo, según la descripción de Velásquez (2010, p. 480) el usufructo se extingue por: 1. La llegada del día o el cumplimiento de la condición; 2. Muerte del usufructuario; 3. Resolución del derecho del constituyente; 4. Confusión del usufructo con

la nuda propiedad; 5. Renuncia del usufructuario; 6. Prescripción; 7. Destrucción completa de la cosa fructuaria, y Por sentencia judicial³⁴¹.

De esas causales merece una mención especial la extinción del usufructo por muerte del usufructuario, ya que, según describe Velásquez (2010, p. 480), si antes de vencerse el plazo o de cumplirse la condición fijada para la terminación del usufructo muere el usufructuario, el usufructo desaparece de manera inexorable. Así también lo consagra la legislación colombiana en el artículo 865 del Código Civil³⁴².

De acuerdo con Domínguez (1993, p. 124), la extinción del usufructo da lugar a varias consecuencias, entre otras dejar sin efecto todos los contratos celebrados por el

³⁴¹ “Artículo 866. *Destrucción de la cosa fructuaria*. El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante. Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de este, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo. Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de esta conservará su derecho sobre toda ella. // Artículo 867. *Inundación de la cosa fructuaria*. Si una heredad fructuaria es inundada, y se retiran después las aguas, revivirá el usufructo por el tiempo que falte para su terminación. // Artículo 868. *Extinción del usufructo por sentencia judicial*. El usufructo termina, en fin, por sentencia del juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria. // El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario (*sic*) una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo”.

³⁴² “Artículo 863. *Extinción del usufructo por condición resolutoria*. El usufructo se extingue generalmente por la llegada del día, o el evento de la condición prefijados para su terminación. Si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará, sin embargo, el usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiese vivido. // [...] Artículo 865. *Otras causales de extinción del usufructo*. El usufructo se extingue también: Por la muerte natural del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación. Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución. Por consolidación del usufructo con la propiedad. Por prescripción. Por la renuncia del usufructuario”.

usufructuario, y cancelar la fianza si el propietario ha recibido el bien que fue objeto del usufructo³⁴³.

3.2. El usufructo de las comunidades negras

Según se analizó en el capítulo primero al estudiar el fundamento ético del derecho, el usufructo en las comunidades negras es una figura que tiene su origen en el proceso histórico de apropiación de territorios que se dio en el país como consecuencia de la esclavitud, y que fue reconocido con posterioridad a raíz del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991.

El propósito de este acápite es mostrar cómo se ejerce lo que las comunidades, la legislación y la doctrina colombiana han denominado “usufructo”, para demostrar que la forma de ejercicio del derecho a la propiedad de esas comunidades no cumple con las condiciones teóricas (definición, requisitos, características, derechos y deberes, formas de extinción y constitución) para ser catalogado como “usufructo”, o para ser utilizado como sinónimo del usufructo regulado por la legislación civil clásica.

Para ello, primero se presenta un apartado denominado “El usufructo legal” en el que se muestra cómo se consagra esa figura desde la legislación especial de comunidades negras; en segundo lugar, en el subtítulo “El usufructo tradicional” se describe, con los aportes de doctrina, la forma en que desde la esclavitud las comunidades negras ejercen el derecho a la propiedad, utilizando algunos reglamentos internos de comunidades negras bajo las precisiones metodológicas señaladas al inicio del presente capítulo.

³⁴³ Según Arce y Cervantes (1990, p. 91) el usufructo también se extingue por cesación del derecho del que lo constituyó, por no dar u ofrecer fianza el usufructuario a título gratuito si el dueño no lo ha asumido; por reunión del usufructo y nuda propiedad en una sola persona.

3.2.1. El usufructo legal

La Ley 70 de 1993, como la primera norma que reconoció el derecho a la propiedad sobre los territorios que ocupaban tradicionalmente las comunidades negras, también reconoció, aunque de forma indirecta (no se expresa o utiliza textualmente el término propiedad individual) en su artículo 5.º, que al interior de esas comunidades existía propiedad individual sobre ciertas áreas, no obstante que por costumbre se establecieran ciertos espacios y prácticas de uso colectivo.

En el texto legal no se utiliza la denominación “usufructo” sino la expresión “áreas asignadas” o “áreas adjudicadas”, tal como se puede evidenciar, entre otros, en los artículos 5.º, 7.º y 25 de la precitada Ley 70 de 1993.

En esa disposición se otorga al Consejo Comunitario³⁴⁴ la función de delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas por el Estado a través del título colectivo; para la tarea de delimitación y asignación de áreas al interior del territorio colectivo, el consejo comunitario, además de respetar la ocupación ancestral³⁴⁵, debe tener en cuenta los acuerdos internos que cada consejo establece en sus reglamentos internos.

En la Ley 70 de 1993, que es la fuente de creación de la legislación especial de los derechos de las comunidades negras, no está estipulada la consagración textual de la figura, sino que

³⁴⁴ Según Ángel Baquero (2011, p. 42): “No se debe olvidar que la organización de los consejos, aunque, otorga personería jurídica tiene un vacío con respecto a los recursos, pues las comunidades no reciben presupuesto, al no ser entes territoriales, ni tampoco tienen la facultad de hipotecar sus tierras con el fin de solicitar préstamos. En suma, la literatura que discurre sobre la formación de los consejos comunitarios y la titulación colectiva, en su mayoría, atiende al problema de la creación, conformación y sostenibilidad de los mismos, así como a la cooptación del capital y el Estado”.

³⁴⁵ Por ocupación ancestral se acoge parte de la definición de ocupación colectiva establecida en el artículo 2.º numeral 6 de la Ley 70 de 1993: “Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso individual y colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción”.

ella fue incorporada en uno de sus decretos reglamentarios (1745 de 1995) en el que se estableció que la forma de propiedad en las áreas asignadas de las que habla la citada ley sería, o se denominaría, “usufructo”, como se puede ver, entre otros, en los artículos 6.º, 11, 32 y 33 del Decreto reglamentario y que se sistematizan en la siguiente tabla.

Tabla 7

Descripción normativa del usufructo de las comunidades negras

| Consagración | Disposición |
|--|--|
| “Aprobar el reglamento de usos y traspasos del <i>usufructo</i> de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones previstas en el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad” (cursiva fuera de texto). | Artículo 6.º Decreto 1745 de 1995 |
| “Funciones de la Junta del Consejo Comunitario. Son funciones de la Junta del Consejo Comunitario, entre otras, las siguientes. [...] 6. Delimitar y asignar en <i>usufructo</i> áreas de uso y aprovechamiento individual, familiar y comunitario en el territorio titulado colectivamente, reconociendo las que han venido ocupando tradicionalmente y con base en el reglamento que expida la Asamblea General del Consejo Comunitario” (cursiva fuera de texto). | Artículo 11 Decreto 1745 de 1995 |
| “Manejo y administración. El territorio titulado como Tierras de las Comunidades Negras será manejado y administrado por la Junta del Consejo Comunitario con base en el reglamento interno aprobado por la Asamblea General. La Junta del Consejo Comunitario deberá establecer mecanismos de administración y manejo que garanticen la equidad y justicia en el <i>reconocimiento y asignación de áreas de trabajo para las familias</i> , que evite la concentración de las tierras en pocas manos y que permita un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales del cual se benefician todos los integrantes de la comunidad, en cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme se reglamente el Capítulo IV de la Ley 70 de 1993”. | Artículo 32 del Decreto 1745 de 1995. |
| “Enajenación. Solo podrá enajenarse el <i>usufructo</i> sobre las áreas correspondientes a un grupo familiar o a un miembro de la comunidad por parte del titular o titulares de este derecho con la aprobación de la junta del Consejo Comunitario por las causas establecidas en la Ley 70 de 1993 y en el reglamento interno del Consejo Comunitario. El ejercicio del derecho preferencial de adquisición de usufructo únicamente podrá recaer en otro miembro de la comunidad | Artículo 33 Decreto 1745 de 1995. |

| | |
|--|--|
| respectiva o en su defecto en otro miembro del grupo étnico con el propósito de preservar la integridad de las Tierras de las Comunidades Negras y la entidad cultural de las mismas”. | |
|--|--|

Fuente: elaboración propia a partir de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

Con base en esas disposiciones los consejos comunitarios iniciaron la reglamentación de la asignación de áreas bajo la figura del usufructo, lo que ha dado paso a una reproducción de conceptualizaciones heredades o impuestas, y a la incorporación de la legislación civil clásica en el ejercicio de la forma de propiedad de las comunidades negras. Lo que, para esta tesis, es un uso erróneo de dos figuras que, como se verá, son totalmente diferentes.

Esquematizando, lo contenido en la norma, la figura del usufructo desde la legislación especial de comunidades negras, se hace realidad a partir del ejercicio de las funciones de dos órganos que integran el consejo comunitario, en otras palabras, las atribuciones relacionadas con el usufructo corresponden a la Asamblea General y a la Junta del Consejo Comunitario, lo cual es una muestra de la anhelada autonomía que tienen los consejos comunitarios, los cuales a través de sus órganos de administración toman decisiones frente a su derecho a la propiedad. De otro lado, el usufructo quedó claramente establecido para áreas de terreno o de tierras que pueden ser de uso individual, familiar o colectivo. Además, para garantizar el usufructo es esencial tener en cuenta la ocupación ancestral y el reglamento interno de cada comunidad negra³⁴⁶.

3.2.2. El usufructo tradicional

El reconocimiento de un espacio de terreno como “propio”, “mío” o de una determinada “familia” ha sido una constante en la forma de apropiación de las comunidades negras. Por ejemplo, al describir la situación que se presentó en el departamento del Chocó por la llegada de los esclavizados africanos, el profesor Sergio Mosquera narra:

³⁴⁶ El reglamento deberá considerar una distribución equitativa de las zonas agrícolas, forestales, mineras y de los recursos hidrobiológicos, respetando las áreas que al momento de la visita sean usufructuadas por cada familia, reservando sectores para adjudicaciones futuras, y cumpliendo con las disposiciones legales vigentes y el sistema de derecho propio de las comunidades.

Esta segunda oleada, llegada contra su voluntad, tiene que habitar y trabajar en un territorio que jurídicamente no le pertenece, el cual pudo darle la sensación de espacios “vacíos, libres”, por los fenómenos de exterminio y huida de la población indígena³⁴⁷. El arribo de los primeros africanos a Citará supone, también, el lento proceso de creación-reconstrucción de un nuevo mundo, en el cual fueron obligados a instalarse y de alguna manera tenían que hacerlo suyo [...] Para los afrodescendientes esclavizados, el monte reviste una especial sacralidad porque en él deambulaban energías, los recuerdos de sus antepasados. Entrar al monte equivale a entrar en contacto con los antepasados. Así, lo que se hereda no sólo es el pedazo de tierra, sino también la presencia de unos espíritus (Mosquera, 2001, Cap. II).

En igual sentido, Romaña, Bonilla, Paz y Bonguero (2010, p. 21) describen cómo la gente establecía colonias de parentescos amplios en las cuencas de los ríos y el uso de la tierra era indistinto, de forma que cada familia tenía derecho a hacer uso de ella dentro de una línea de parentescos heredada de generación en generación y respetada por el conjunto de la comunidad. Ellos les llaman colinos, es decir no había propiedades particulares sino espacios de uso por las familias distribuidas a lo largo de los ríos.

Esta forma de propiedad, señalan Romaña, Bonilla, Paz y Bonguero (2010, p. 21), era imposible de entender por la legislación colombiana, por eso nunca le hacían prestamos u otorgaban créditos, porque no tenían títulos de propiedad sino que simplemente hacían uso de la tierra. En esa comunidad se respetaban los espacios de los otros, eso fue lo que dio origen a que se solicitara un título colectivo sobre el territorio que el gobierno llamó título de la tierra pero que para la comunidad es el territorio.

Tal como se enunció en los capítulos primero y segundo de esta tesis, el concepto de propiedad individual de la legislación civil fue incorporado y reconstruido con las prácticas de cada comunidad negra, lo que hizo particular la forma de ejercicio del derecho a la

³⁴⁷ Se debe advertir al lector, con las explicaciones del profesor Borrero (2014, p. 83), que en muchos casos los expertos insisten en la transposición de estereotipos como que las comunidades afrocolombianas son producto de la ocupación de baldíos o el despojo de tierras a pueblos indígenas, desconociendo que en muchos lugares del país los asentamientos de negros libres y cimarrones ocurrieron hace cientos de años, incluso antes de la creación de la República.

propiedad. Explica Hoffmann (2007, p. 43) que en los territorios habitados por comunidades negras del Pacífico no se ejercieron las normas occidentales del derecho de propiedad, lo que dio lugar a modalidades específicas de inscripción territorial; en el Pacífico, continúa explicando, la apropiación individual de ciertas tierras (los colinos o parcelas de producción), en general situadas sobre las vegas de los ríos, se combinó con el uso colectivo de ciertos espacios (los montes o centros selváticos) según modalidades que dependían en parte de la naturaleza misma de los terrenos y en parte de los objetivos de explotación. Así, en las selvas el acceso permanecía más o menos libre para la caza, la recolección, y aun la extracción de maderas y plantas, siempre y cuando se tratara de subsistencia, pero fueron rápidamente apropiadas de manera individual cuando la presión sobre los recursos se acrecentó a la par que su valor comercial.

Los sistemas familiares comprenden también la vecindad y el parentesco ritual y espiritual (compadrazgo), a la vez que se ciñen a principios de circulación y de intercambio que trascienden con mucho la esfera del pueblo (Hoffmann, 2007, p. 69).

El tronco existe en relación con un ancestro focal, el fundador del pueblo, a partir del cual, siguiendo las líneas genealógicas bilineales, se elaboran y se reconocen derechos de acceso a los territorios mineros; por su parte, las estructuras familiares marcadas por la movilidad, la poligamia y la matrifocalidad responden a las necesidades de adaptación a los precarios recursos, cambiantes en el espacio y el tiempo (Hoffmann, 2007, p. 71)³⁴⁸.

Los terrenos apropiados de manera individual pueden transmitirse por sucesión bilineal, donación o venta, por lo que todas las transacciones son individuales, sin ninguna intervención de terceros ni soporte legal, y en caso de conflictos intervienen los compadres,

³⁴⁸ La terminología del parentesco es claramente de origen hispánico, pero su uso presenta ciertas particularidades que traducen relaciones de parentesco concebidas de manera específica. Así, el término primo es de uso generalizado entre personas que no necesariamente pertenecen a la misma parentela y que no siempre se conocen; así, los términos primos, familia o sangre para designar al vecino o hasta el simple transeúnte expresarían más allá de un folclor lingüístico, una concepción muy extendida de pertenencia común basada en la idea de parentesco social (Hoffmann, 2007, p. 80).

los amigos, los ancianos del pueblo, sin que exista orden de preferencia entre estos mediadores (Hoffmann, 2007, p. 87)³⁴⁹. De allí que Ángel Baquero (2011, p. 80) anotara en su tesis de grado que el hecho de que no hubiera títulos en las comunidades negras –en muchos casos– no quería decir que no hubiera lógicas de apropiación individual. Según este autor (2011, p. 82), lo que sucede es que a pesar de las prácticas culturales comunitarias, en el pueblo negro existía una conciencia individualista de la propiedad, pero no en el sentido estrictamente liberal.

Por lo que se ha visto con la descripción de Hoffmann (2007), la propiedad y el denominado “usufructo” sobre la tierra en las comunidades negras se adquiere y se ejerce de varias formas. Al respecto Mosquera (2001, Cap. II) señala que la apropiación de la tierra se da de derecho bajo dos tipos: 1. Hereditaria, que es la propiedad de la tierra transmitida a los descendientes o familiares cercanos, sin que necesariamente medie una documentación que la certifique, sino que existe una validación por la ocupación que todos reconocen en los antecesores; 2. Por compra-venta, cuando es adquirida por medio de esa figura o por ocupación de espacios “vacíos libres” para luego traspasarla a los herederos. Este acto de compra, dice el historiador Mosquera (2001, Cap. II), está revestido de todas las solemnidades legales propias de una transacción importante ante la cual no podrá haber ningún tipo de duda que ponga en peligro la inversión realizada, y 3. Apropiación de hecho o posesión pacífica tradicional, que nos ubica, dice el autor, en un tiempo en el que la tierra no tenía dueño, era libre a partir de la abolición de la esclavitud cuando algunos esclavizados (afrocitareños) aprovecharon el abandono producto de la esclavitud para

³⁴⁹ La persona que desea abrir una parcela en los centros no necesita un acuerdo específico sino más bien una especie de consenso tácito entre los habitantes de los alrededores, obtenido por la publicidad hecha en torno al proyecto de desmonte, que en general se realiza con la participación de un grupo de amigos, vecinos y parientes (Hoffmann, 2007, p. 87).

oficializar con la posesión de hecho, la posesión espiritual que desde un tiempo inmemorial tenían³⁵⁰.

La apropiación se materializa en el terreno gracias a unos límites invisibles para ojos desprevenidos pero reconocidos por todos; un árbol sin corteza, el trazo de un sendero, una zanja bien cuidada son marcadores efímeros (Hoffmann, 2007, p. 87).

Explica Hoffmann (2007, p. 88) que el hecho de marcar un espacio tumbando un gran árbol en los centros equivale a su apropiación, quien lo tumba se convierte en un actor fundador socialmente respetado. Este sistema maleable y adaptado a las condiciones existentes al momento del asentamiento (disponibilidad de tierra, poblamiento restringido y familiar, agricultura de subsistencia, etc.) no ha sido bien comprendido por los observadores que no han visto en él más que anarquía o, por el contrario, los vestigios de un comunitarismo original.

Sin duda, como expone Ángel Baquero (2011, p. 82), la concepción de la propiedad en el Pacífico denota cierta particularidad pues, además de que unos espacios como el bosque son concebidos como comunitarios, y otros como la casa son privados, esta última concepción de la propiedad no es igual a la que se da en las sociedades liberales. Una de las particularidades consiste en que, por ser de arraigo ancestral, todo lo que posee la familia le pertenece al individuo, independiente de que lo use o lo habite, lo cual denota diferencias marcadas teniendo en cuenta que hasta la Ley 70 las comunidades no tenían títulos; en otras palabras, la tradición oral es tan fuerte que sin necesidad de un reconocimiento legal, se respetan los espacios privados.

³⁵⁰ Explica el profesor Mosquera (2001, Cap. II) que la mentalidad esclavizadora contiene rezagos de la feudal, de ahí la existencia del derecho de señorío que implica ser o comportarse como un señor respecto del esclavizado. “Este derecho también significaba propiedad y dominio sobre cosas, de forma que el esclavizado y la tierra eran otros bienes del Señor, del amo o esclavizador. En buena lógica se infiere que la liberación de los esclavizados traía aparejada, o se extendía, hasta la libertad de la tierra. El dejarla libre o abandonada pudo ser indicio o interpretación, en la mentalidad de los recién libertos, como la pérdida o terminación del derecho el amo tenía sobre esa propiedad”.

Las normas locales de apropiación y transmisión son relativamente estables y conocidas por las propiedades situadas en las zonas cercanas a los ríos. Las posesiones son individuales, con derechos de sucesión abiertos a los parientes (familia ampliada, transmisión bilineal). Existe también un mercado local de tierras, con o sin intercambio de títulos oficiales, pero que solo cubre transacciones de poco valor efectuadas entre gentes del río (Hoffmann, 2007, p. 89)³⁵¹.

En igual sentido que Hoffmann (2007), Martínez (2010, p. 18) señala la existencia de usufructos individuales en territorios de comunidades negras:

En cuanto al usufructo individual, este se define por el derecho que tiene cada miembro del grupo familiar a utilizar el lote de tierra que le corresponde de acuerdo con las prescripciones de la herencia, las cuales se rigen tanto por principios biológicos como por lazos afectivos. Así, la tierra es heredada tanto por los hijos biológicos, como por aquellos parientes que hayan sostenido vínculos muy estrechos con la familia. Si bien, el marido o esposa no heredan los terrenos familiares de su cónyuge, tienen derecho a explotarlos mientras la relación se mantenga, o frente a eventualidades como la muerte de su pareja. Si muere un soltero sin hijos, la tierra regresa a la posesión de la parentela. El usufructo individual y familiar sobre el “fondo” o “centro” se conjuga con el uso colectivo de los bosques, ciénagas y ríos. Las áreas boscosas, conocidas localmente como “respaldo” o “bosque comunitario”, carecen de delimitaciones, es decir, cualquier persona reconocida como parte de la comunidad puede ejercer las actividades de caza y recolección en ellas, siempre y cuando se acoja a las normas establecidas consuetudinariamente. Incluso el corte de maderas, anteriormente era practicado libremente por todos los integrantes de la comunidad, pero el agotamiento de los recursos forestales y la introducción de nuevas tecnologías para su explotación ha socavado el usufructo colectivo de estos recursos, en favor del aprovechamiento individual.

Los derechos sobre la tierra no son ni exclusivos ni definitivos, y se basan en tres lógicas complementarias; la del parentesco (herencia), la de la resistencia y la del trabajo

³⁵¹ De acuerdo con Hoffmann (2007, p. 99), en la Bahía de Tumaco la alianza tradicional permite la reafirmación de una pertenencia territorial común, la del mundo de los ríos. El acto de afiliación territorial simbólico por alianza actualiza, en cada generación y para cada rama familiar, una territorialidad que va más allá del pueblo o el río de origen, y que en el caso presente, la delinea.

(Hoffmann, 2007, p. 90). En resumen, y como bien lo describió Hoffmann (2007, p. 91), la transmisión³⁵² de la propiedad respeta las reglas de cada comunidad³⁵³.

Entonces, en el usufructo tradicional de las comunidades negras se reconoce un concepto de propiedad, entendida como el terreno que le pertenece a una familia o a una persona según la ocupación ancestral, lo que le permite realizar diferentes actos de disposición como la venta, donación y transmisión por herencia.

A partir de ese tipo de usufructo la individualidad existe como nota característica de la propiedad colectiva de las comunidades negras, entendida en el sentido de que todo no es de todos, sino que partes del territorio a donde llegaron todos y formaron un poblado o una

³⁵² Mosquera (2001, Cap. II) señala: “El reconocimiento de la propiedad por los miembros de la comunidad, pasó a ser más importante y efectivo, para proteger los derechos; evitando así la amenaza de una nueva expropiación. El término ‘lindero’ es la denominación usual para señalar el límite de las propiedades a las cuales se tiene derecho. También es conocida como guardarraya en el sentido que es una raya divisoria que separa las propiedades. Estos linderos pueden ser linderos vivos que son aquellos establecidos con árboles y plantas y linderos naturales son aquellos utilizados sin que para su elaboración haya mediado la voluntad del hombre como ríos, lomas, piedras, etc. // Esta forma de demarcar el territorio es muy propia de una sociedad íntimamente ligada a la naturaleza, donde fácilmente no se precisan límites, quien no la conozca jamás podrá imaginarse que esos árboles de nacederos y su ubicación son una demarcación.

³⁵³ Por ejemplo, según la descripción de Hoffmann (2007, p. 91), en el Bajo Cauca existen tierras privadas heredadas y transmisibles en el marco de una comunidad familiar ampliada. Pero los derechos de propiedad se someten a renegociación si el uso de la tierra se suspende o se rompe, por ejemplo, tras una partida definitiva o por defunción sin descendientes que habiten en el pueblo. Los parientes que hayan emigrado, y sus descendientes, conservan un derecho latente de propiedad durante algunos años sin un lapso preciso, pero no lo pueden transmitir a sus hijos si estos no viven en el pueblo. Por sus precios extremadamente bajos, esas propiedades no son para nada codiciadas y la mayoría de dichos derechos latentes son abandonados y retomados de forma gratuita por los residentes parientes o no de los propietarios emigrados. Tierra adentro hacia los interfluvios (“los centros”), y en las zonas costeras cubiertas de manglares, las reglas de apropiación y de transmisión se vuelven aún más difusas. El análisis llevado a cabo en *El Mexicano* revela lógicas campesinas finalmente muy clásicas. La localización de parcelas por propietario indica una voluntad de diversificación y complementariedad a nivel individual.

comunidad, son propiedad, es decir, propiedad de alguien que generalmente fue o es una familia o una persona; aquí individualidad no es igual a una persona natural o física, sino que es sinónimo de reconocimiento de la existencia de familias y legados culturales.

De esa manera, en el usufructo de las comunidades negras están presentes dos componentes o dimensiones: el individual y el colectivo. Desde el componente individual, como se ha descrito en párrafos precedentes, una familia o persona es propietaria de un terreno y puede ejercer actos de disposición que también puede realizar un propietario regido por la legislación civil clásica, como la venta, la compra, el arrendamiento, etc. Se habla de un componente individual en el usufructo porque todo no pertenece a todos, sino que cada familia o persona, según haya ocupado tradicionalmente el territorio, tiene un área de terreno que asume como de su propiedad; no hay una propiedad comunal.

En ese componente individual cada familia o persona toma sus decisiones de acuerdo con las reglas internas y, por ejemplo, el control y la vigilancia le corresponde a los abuelos, padres, tíos, hermanos mayores, compadrazgos, de acuerdo con las reglas de mayorazgo que cada familia ha definido.

Como se explicó al hablar del fundamento ético del derecho, el componente colectivo tiene que ver tanto con las prácticas que de forma colectiva ha realizado generacionalmente cada comunidad (mano cambiada), como con las áreas o espacios del territorio utilizados por todos los integrantes de un consejo en este caso los ríos, los lagos, el bosque, los respaldos, las calles, los caminos, etc. Actualmente, con la creación de los consejos comunitarios, esas áreas colectivas son administradas por el Consejo a través de su Junta Directiva y su representante legal; pueden ser de una familia y ella permite que todos hagan uso de ellas, o se asume como de propiedad del consejo en general, pero de uso de todos. A partir de las consideraciones anteriores en las siguientes líneas se estructuran las principales características del usufructo realizado por las comunidades negras desde la visión legal y tradicional.

3.2.3. El concepto de usufructo

A partir de lo estipulado en la legislación especial de las comunidades negras, se colige que el usufructo en territorios colectivos de esos grupos étnicos se entiende como un derecho que no es derivado de un derecho principal, es decir, es el derecho mismo de propiedad; cada individuo o familia que de forma ancestral, bajo la modalidad descrita al explicar el fundamento ético del derecho en el capítulo primero de este trabajo y en la parte introductoria de esta sección, ocupa un “área” que para las comunidades es un “terreno” o “lote”, tiene la propiedad gracias a la ocupación que ha realizado generacionalmente con las prácticas productivas y culturales que lo hacen dueño (individuo) o los hacen dueños (familia), propietario o propietarios de un espacio físico y espiritual en el que se respeta el legado histórico de poblamiento y el cual se asume como propio.

Cuando se habla de usufructo las comunidades negras reconocen la existencia de un derecho a proteger, reclamar y conservar un área de terreno que hace parte del territorio amparado bajo el derecho a la propiedad colectiva que fue reconocido con posterioridad a su ocupación ancestral³⁵⁴.

Para las comunidades negras el usufructo es el mismo derecho a la propiedad, es lo que los faculta para usar, conservar, aprovechar y disponer de los terrenos y de los recursos naturales presentes en su territorio; es una expresión del derecho al territorio. El usufructo no es otro derecho derivado o desprendido del derecho de propiedad, como se entiende en la legislación civil, sino que es la propiedad misma.

³⁵⁴ Como botón de muestra la descripción que realiza el Consejo Comunitario de COCOMACIA sobre su territorio: “En los patios, al lado de las viviendas, totalmente construidas en madera, se siembran frutales con la papaya y el marañón. Además, se cultiva la papachina, un tubérculo que junto con el plátano, el arroz, el maíz, el pescado y la carne de animales de monte, hace parte de los principales alimentos que consume la población. Al lado de las casas también están las barbacoas y las azoteas donde las mujeres siembran condimentos como la cebolla, el poleo, la albahaca y el cilantro [...] En este extenso territorio selvático, la propiedad es colectiva. Sin embargo, cada comunidad tiene su propia zona de influencia, y en cada comunidad, cada familia tiene sus propios huertos y colinos que todos respetan”.

3.2.4. Finalidad del usufructo

Para encontrar la finalidad de la forma de propiedad de las comunidades negras es necesario realizar una interpretación integral que incluya tanto el usufructo legal como el tradicional. En tal sentido, si se continúa con la influencia del fundamento ético del derecho, el denominado usufructo de las comunidades negras no se reconoce solo para la satisfacción de una necesidad económica sino especialmente para garantizar la subsistencia del grupo étnico y el respeto de las prácticas culturales. Mediante el usufructo se hacen realidad los principios que orientan la Ley 70 de 1993 (art. 3.º) ya explicados.

El usufructo, al igual que la propiedad amparada con el título colectivo adjudicado por el Estado, contribuye a mantener la relación con la tierra y sus recursos (art. 19. Reglamento Interno Asocasan); garantiza el uso, manejo y distribución del territorio teniendo en cuenta la posesión ancestral (Reglamento Interno Cocomaua); permite el desarrollo y convivencia armónica entre los integrantes de un consejo y con la naturaleza (Reglamento Interno Los Delfines), y el manejo del territorio; ayuda a conservar y preservar los recursos naturales para garantizarle a las nuevas generaciones espacios para su existencia (Reglamento Interno San Isidro); ayuda a consolidar la etnia, la cultura, la protección, la defensa y preservación de derechos ancestrales, así como la protección de los recursos naturales, y el mejoramiento de la calidad de vida (Reglamento Interno Acaba); regula el aprovechamiento, conservación y fomento de los recursos naturales (Cocomopoca); todo con el propósito de tener una mejor calidad de vida integral, que tenga armonía con la naturaleza (Reglamento Ascoba).

En virtud de lo anterior, en ejercicio del usufructo se deben tener en cuenta los principios generales que rigen la organización y funcionamiento de los consejos comunitarios: la autonomía, la identidad, la dignidad, la libertad, la autodeterminación, la solidaridad, la no violencia, el etnodesarrollo, la territorialidad, el diálogo y la concertación, y el respeto de las creencias y saberes ancestrales.

3.2.5. Titulares del usufructo

Teniendo en cuenta que las comunidades negras otorgan un lugar esencial a la ocupación ancestral y al respeto de las prácticas culturales, la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 reconocen que se asigna el usufructo a familias o individuos que hacen parte de una comunidad.

No obstante la disposición legal, a nivel interno las comunidades utilizan categorías que cualifican la adquisición y ejercicio de los derechos para los individuos, familias o grupo familiar, las cuales dependen del origen, los lazos de parentesco y la relación que se tiene o se construye en el territorio.

Así las cosas, solo pueden tener “usufructo” o propiedad en terrenos que estén dentro del título colectivo quienes sean “nativos”, “colonos”³⁵⁵, “renacientes”³⁵⁶, o quienes adquieren

³⁵⁵ “Artículo 50. Reglamento Interno ASOCASAN: El colono es la persona o familia de otra tierra distinta del Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan ASOCASAN, y para efectos de la ley y el presente reglamento pasará a gozar de los derechos culturales, políticos y sociales del nativo, a partir de una década de vivir de manera permanente en el territorio. Los derechos territoriales sólo le serán reconocidos, en la medida que durante ese tiempo haya establecido relación directa con la tierra, por medio de la práctica de actividades productivas tradicionales, en alguna zona del territorio o tenga vínculo afectivo directo con alguna familia con derechos”.

³⁵⁶ Según el Reglamento Interno del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA), nativos son las personas o grupo étnico negro ancestralmente establecido que pertenece a las familias fundadoras de los poblados y caseríos del territorio colectivo; de acuerdo con el numeral 5 del artículo 2.º de la Ley 70 de 1993, los nativos gozan de todos los derechos culturales, políticos, sociales y territoriales de la comunidad negra conforme a la Constitución y a la legislación especial. El renaciente es la persona descendiente directa hasta la quinta generación de una persona o familia que hizo parte del territorio colectivo de la comunidad del área de influencia del Consejo.

el derecho después de vivir un tiempo en la comunidad y asumen las prácticas culturales, como los denominados “residentes”³⁵⁷.

Por consiguiente, no a cualquier persona se le reconoce el usufructo en un territorio de comunidades negras, quedando excluidos, por ejemplo, los “visitantes”³⁵⁸ y los “poseedores de mala fe”³⁵⁹, pues para tener un “terreno” al interior de un territorio colectivo es importante el nacimiento, al igual que los lazos de parentesco y la ocupación ancestral.

Para reconocer la propiedad sobre un terreno también cuenta el censo interno de cada comunidad, es decir, el registro de las personas que hacen parte de un consejo teniendo en cuenta los troncos familiares y el respeto de las reglas de sucesión; el censo interno es levantado al momento de solicitar al Estado el reconocimiento del derecho a la propiedad, da cuenta de los integrantes o miembros de una comunidad, y se actualiza según las normas propias. De ese censo o registro depende el reconocimiento de los titulares presentes o futuros de los terrenos al interior de un consejo comunitario.

³⁵⁷ El Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro señala que residente es la persona procedente de otro territorio sea o no colectivo, que pertenece a la comunidad negra y excepcionalmente a otro grupo étnico, y que para efectos de la ley del presente Reglamento pasará a gozar de los derechos culturales, políticos y sociales del nativo después de vivir diez años en la jurisdicción y de haber establecido relación directa con el territorio por medio de la práctica de actividades productivas tradicionales y culturales.

³⁵⁸ Según el Consejo Comunitario de San Isidro (art. 32), visitante es toda persona que ingresa al territorio colectivo del Consejo sin tener arraigo, domicilio o residencia en la comunidad, y que lo hace por motivos recreacionales, de investigación, institucionales, de exploración o explotación de nuestros recursos naturales, previa aceptación en la consulta previa libre e informada, y gozan de los derechos que la Constitución y las leyes ordinarias les consagran, mas no de los derechos especiales que son exclusivos de los habitantes del territorio colectivo.

³⁵⁹ Ley 70 de 1993. “Artículo 15. Las ocupaciones que se adelanten por personas no pertenecientes al grupo étnico negro sobre las tierras adjudicadas en propiedad colectiva a las comunidades negras de que trata esta ley no darán derecho al interesado para obtener la titulación ni el reconocimiento de mejoras y para todos los efectos legales se considerará como poseedor de mala fe”.

En cierta forma el titular del usufructo es cualificado, porque debe tener una calidad para ser considerado miembro del consejo y, por ende, usufructuario, a diferencia de lo que sucede en la legislación civil donde cualquier persona puede ser usufructuaria según la voluntad del nudo propietario.

Por su parte, la adjudicación del usufructo y la verificación del cumplimiento de las condiciones para adquirir el derecho es una tarea que corresponde en primer lugar a quien de forma ancestral ha dirigido la familia, o según los acuerdos internos de cada familia; luego, con la creación de los consejos comunitarios en términos generales la Junta del Consejo Comunitario es la que realiza el reconocimiento de la ocupación ancestral y ante la cual se resuelve cualquier controversia o conflicto que pueda surgir por el uso y aprovechamiento de terrenos³⁶⁰.

De acuerdo con su organización y estructura de funcionamiento cada consejo comunitario puede involucrar varias autoridades en el proceso de reconocimiento, es decir, pueden asignar la verificación de la ocupación ancestral a comités o a juntas directivas de los consejos comunitarios locales, y posteriormente la Junta del Consejo Comunitario Mayor realiza el acto de reconocimiento formal, ya que en algunos consejos se requiere, además de estar incluido en el censo general de la comunidad, levantar un mapa de usufructo, expedir certificación de ancestralidad y una resolución en la que se asigna el área a cada titular. Incluso algunos, asimilando esa figura a la de la legislación civil, contemplan el levantamiento de escrituras públicas ante notarías municipales (se debe recordar en esta

³⁶⁰ Verbigracia lo dispuesto por el Consejo Comunitario Local de Gitradó, que hace parte del Consejo Comunitario de COCOMACIA: “[...] 3. Cuáles son los procedimientos que se deben tener en cuenta para delimitar las áreas familiares, individuales y comunitarias. R/ Lo familiar: una reunión familiar donde nos pongamos de acuerdo para hacer la delimitación y debe de ir la junta del consejo, los familiares incluyendo papá, mamá si están vivos y los colindantes y debe ser firmada por la junta del consejo comunitario y los colindantes y el dueño del terreno y el sello de la comunidad. Compra: debe estar la junta del consejo y los colindantes, debe llevar firma de todos y el vendedor y el comprador”.

parte que por origen y desarrollo histórico las comunidades no realizaban ningún tipo de documentos escritos)³⁶¹.

De esa forma, se puede decir que el título de reconocimiento del usufructo es fijado por la ley y por cada comunidad a través de lo que se denomina el derecho propio. Por la ley se otorga la facultad de asignación al consejo comunitario a través de la asamblea general y de la junta del consejo comunitario. Por derecho propio cada comunidad, respetando la ocupación ancestral y las reglas propias de la herencia, determinan quién es propietario de un terreno, en un territorio colectivo de comunidades negras.

3.2.6. Objeto del usufructo

El usufructo solo se reconoce sobre “terrenos”, “franja de territorio colectivo”, “tierras” “terrenos de posesión ancestral familiar”, o “terrenos de familia”, “fincas y mejoras de cada familia”. Es decir, solo recae sobre lo que en la legislación civil se denominan bienes inmuebles y específicamente sobre parte del territorio colectivo.

Esos terrenos son distribuidos según la ocupación ancestral y las prácticas culturales y productivas en zonas o espacios de uso familiar, individual, común o colectivo.

Los espacios que son de uso colectivo o zonas de uso común están asociados con dos conceptos: 1. Lo que tradicionalmente se considera bienes de uso público como ríos, calles, cementerios, casas de acción comunal, casas para el velorio de los muertos, escuelas, comedores escolares, y 2. Espacios para realizar prácticas productivas como el bosque.

Más allá del concepto de propiedad presente en la legislación civil, el bosque, o los espacios donde se realizan prácticas productivas, se reconocen como zonas para uso de todos los integrantes de una comunidad, es decir, espacios para aplicar prácticas

³⁶¹ En la práctica la mayoría de los consejos del Chocó solo han expedido reglamentos generales para la organización y funcionamiento de los consejos comunitarios, pero en términos generales no existen documentos escritos en la modalidad solemne de resolución para cada familia o individuo. Los ancianos son quienes recuerdan qué pertenece a cada familia, son una especie de archivos orales vivos.

productivas tradicionales que algunas veces pueden ser considerados por una o varias familias como propios, pero que están disponibles para toda la comunidad.

A partir de la promulgación de la Ley 70 de 1993, las áreas colectivas se consideran inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin que su titularidad se atribuya específicamente a una o varias familias (art. 6.º de la Ley 70 de 1993); no obstante, como en el “Pacífico el poblamiento no es homogéneo” (Villa, s.f., p. 33), las áreas colectivas pueden pertenecer a varias familias por la ocupación ancestral, aunque se permita en ellas el uso de toda la comunidad. Es decir, es colectiva no por quien tenga la titularidad sino por el uso que se le da, tal como lo describe Villa (s.f., p. 42) al explicar que aunque algunos autores plantean el sentido colectivo de la propiedad de las comunidades negras solo en términos familiares, existen espacios de uso colectivo, como los respaldos³⁶².

En las zonas o espacios de uso familiar o individual que han ocupado las familias o individuos, y que han transmitido de generación en generación según la tradición de ocupación del territorio colectivo de cada comunidad³⁶³, “cada familia conoce lo que tiene y [lo] ha venido utilizando hace cientos de años” (Villa, s.f., p. 40); también se reconoce la titularidad (a una familia o individuos), y por ende la propiedad, pero con elementos mixtos provenientes de: i. La propiedad privada individual, y ii. El proceso histórico de constitución y funcionamiento de cada comunidad³⁶⁴.

³⁶² “La zona de respaldo o bosque se usa en algunos casos para cosechar cultivos de temporada; si el monte no está muy espeso o muy viche para identificarlo los mayoritarios tienen sus formas; y la otra parte más la del fondo de la selva es de uso de todas las familias que pertenezcan a la comunidad (hay límites entre una comunidad y otra) en reuniones de las dos comunidades se ponen de acuerdo sobre qué cantidad de territorio le corresponde a cada uno [...]”: Mena (1992, p. 4).

³⁶³ Se reconocen “dueños determinados” (Reglamento Interno del Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana (COCOMAUPA), art. 7.º).

³⁶⁴ Verbigracia la explicación de Villa (s.f., p. 40) sobre el Consejo Comunitario COCOMACIA: “Entonces no se le va a entregar, sino que simplemente se le va a decir cuáles son sus derechos de propiedad [...] en cuanto a las personas que pescan y que se dedican a la minería, una de las distribuciones que hemos venido trabajando

Entonces, es en las zonas de uso familiar donde principalmente se ve reflejada la individualidad de la propiedad colectiva de las comunidades negras³⁶⁵, teniendo en cuenta que para la asignación de las áreas de terreno cada consejo tiene autonomía y puede definir su procedimiento³⁶⁶.

De ahí que para esas comunidades las tierras de usufructo son “todas aquellas tierras en las que un miembro o varios miembros de la comunidad sean o no de la misma familia han hecho aprovechamiento tales como caza, pesca, minería, labranza, corte de madera, siembra de sus cultivos de pan coger”³⁶⁷ y otras, por lo que el usufructo se relaciona con el uso del territorio y sus recursos, con el concepto de familia y también con elementos del concepto clásico de propiedad.

al interior de la ACIA es: la persona donde trabajaba su minería ese territorio le pertenece, porque si la persona no ha trabajado la agricultura y ha trabajado la minería, ese territorio le pertenece a él”.

³⁶⁵ Por ejemplo el artículo 7.º del Consejo Comunitario de Cocomaua consagra: “*Área de uso colectivo*. Entiéndase como área de uso colectivo, el conjunto de plantas, madera, animales, ríos y suelos, y demás recursos que pertenezcan a la comunidad y que no tienen dueños determinados”. O el artículo 33 del Reglamento del Consejo Comunitario de San Isidro donde los espacios de uso individual o familiar dentro del territorio colectivo también han sido identificados como usufructos en la Ley 70 de 1993. “Artículo 33. *Espacios de ocupación familiar*. Son franjas del territorio colectivo del Consejo Comunitario de San Isidro en los que cada familia ha realizado tradicionalmente sus prácticas de producción, su cultura, saberes ancestrales y demás valores étnicos. En tal sentido, el Consejo Comunitario de San Isidro reconocerá a cada grupo familiar su ocupación y explotación tradicional expidiendo la respectiva resolución de usufructo”.

³⁶⁶ Por ejemplo, en el Consejo Comunitario Local de Gitradó, que hace parte de COCOMACIA se acordó: “Lo familiar: Una reunión familiar donde nos pongamos de acuerdo para hacer la delimitación, y debe de ir la junta del consejo, los familiares incluyendo papá, mamá si están vivos y los colindantes y debe ser firmada por la junta del consejo comunitario y los colindantes y el dueño del terreno y el sello de la comunidad. Compra: Debe estar la junta del consejo y los colindantes, debe llevar firma de todos y el vendedor y el comprador”.

³⁶⁷ Artículo 30 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Villacontó.

Lo que permite identificar la existencia no solo de dos espacios o áreas al interior de un territorio colectivo, sino una visión diferente que hace repensar la extensión de la figura (usufructo) a la forma de ejercicio del derecho a la propiedad en territorios colectivos de comunidades negras en Colombia.

3.2.7. Facultades y restricciones derivadas del usufructo

Los propietarios de terrenos o espacios de uso familiar o individual en territorios colectivos tienen facultades y restricciones frente al uso y aprovechamiento de dichas áreas, no solo para dar cumplimiento a la legislación especial de comunidades negras y a los reglamentos internos³⁶⁸, sino también para garantizar las prácticas de cada familia.

De manera que se mantienen algunas de las facultades clásicas de la propiedad, pero con otras restricciones; por ejemplo, aunque se permite la compra y venta de terrenos al interior de cada comunidad (práctica que siempre se ha tolerado), la Ley 70 de 1993 estableció que solo se pueden realizar esos actos con miembros de la misma comunidad negra o en su defecto con un integrante del grupo étnico.

En consecuencia, la venta en territorios de comunidades negras es prácticamente una enajenación condicionada porque solo se podrá efectuar en los términos señalados por la Ley 70 de 1993. En tal sentido, los consejos reconocen que toda persona o familia puede vender o enajenar el área asignada que algunos como el Consejo comunitario de Guayabal denominan “propiedades individualizadas”³⁶⁹.

Además, la venta tiene condiciones y prohibiciones que dependen del origen y la permanencia en el territorio, es decir, se permite para quienes hayan nacido en el territorio

³⁶⁸ Competencias de la Junta Directiva de COCOMACIA: “Numeral 17. Orientar lo referente a las ventas de áreas de usufructo de las comunidades para que se vendan los derechos de las mismas” (Reglamento Interno consejo local de Cocomacia, p. 7).

³⁶⁹ “Artículo 28: Toda persona o familia que vaya a vender o enajenar *propiedades individualizadas*, tiene el deber de solicitar por escrito a la junta directiva para que se tomen las decisiones conforme a la ley”.

o se restringe para quienes se van del territorio y regresan pero que no tienen terreno; o no se permite la venta en espacios de uso colectivo como los territorios de fondo en los terrenos familiares o individuales³⁷⁰.

Otros actos permitidos son el arrendamiento o “alquiler” de tierras; el préstamo de terrenos generalmente para el desarrollo de prácticas productivas; la donación o el “regalo” durante la vida y la transmisión de la propiedad sobre el terreno, sus recursos naturales y productos después de la muerte.

Cada familia o individuo puede realizar estos actos jurídicos de disposición del terreno que tradicionalmente ha ocupado, e incluso puede disponer de los tiempos para el uso y aprovechamiento de recursos naturales en áreas de uso colectivo o uso común, es decir, “Es común que un terreno sea cultivado por diferentes miembros de una familia, en diferentes momentos, es una apropiación por usos familiares” (Villa, 1996, p. 79).

También existen las tradicionales facultades de uso y goce propias del derecho civil, pero tienen restricciones por las prácticas permitidas y prohibidas al interior de cada consejo comunitario; por ejemplo, en los terrenos del consejo se permite el uso y desarrollo de prácticas tradicionales de producción, recolección de frutas y semillas, recolección y siembra de plantas tradicionales, fabricación y construcción de herramientas de trabajo y

³⁷⁰ “Artículo 31, Reglamento Interno Consejo Comunitario de Villacontó. *Retorno al territorio*. Cuando una persona nativa o renaciente retorna al territorio después de varios años de ausencia de él y ya no dispone de un espacio para su vivienda y sus actividades productivas los consejos comunitarios locales o veredales, una vez constaten la falta de tenencia de un lote en el territorio colectivo, deberán avisar a la junta directiva del consejo comunitario mayor para que realizado el estudio, determine la asignación, los mojones y linderos de su nuevo espacio territorial y el modelo que debe constituir su vivienda de acuerdo con el entorno cultural y natural”. Otro ejemplo lo constituye el párrafo del artículo 378 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro: “Párrafo uno: Ningún renaciente o persona nativa que ha retornado después de varios años y a la cual se le hayan asignado tierras en el territorio colectivo, podrá vender las tierras que ha recibido. Estas serán devueltas al Comité de Planeación y Desarrollo Territorial bajo la autorización del Consejo Comunitario. // No se permiten las ventas de territorio de fondo, considerado tradicionalmente comunitario y de uso colectivo” (Consejo Comunitario de Unión Panamericana [COCOMAUPA]).

artesanías³⁷¹, pero el aprovechamiento con fines comerciales debe respetar las reglas de conservación de las especies en cumplimiento de una visión de función social y ecológica de la propiedad en superlativo.

En cuanto a las prácticas prohibidas, por ejemplo, no se reconoce propiedad sobre ríos, cauces y carreteras; no se asigna usufructo en tierras abandonadas por población desplazada; no se permite la siembra de cultivos ilícitos, ni los usos comerciales sin autorización, ni la pesca con sustancias nocivas o con dinamita, ni el saqueo de información tradicional o de recursos genéticos (art. 60 Reglamento Interno Asocasan).

Por lo tanto, si bien existen restricciones más estrictas que las de un propietario orientado bajo la legislación civil, el usufructo genera también deberes que la legislación civil no establece ni para el propietario ni para el usufructuario, entre otros, buscar la felicidad y el bienestar colectivos, proteger la integridad de la comunidad negra, mantener limpio el terreno, concertar el aprovechamiento comercial de los recursos naturales³⁷².

³⁷¹ Como lo establecen los artículos 56 y 59 del Reglamento Interno de ASOCASAN.

³⁷² “[...] 1. El deber de proteger su identidad e integridad como comunidad negra, el territorio, su patrimonio cultural, material e inmaterial y su patrimonio natural representado en los paisajes, ecosistemas y especies vegetales y animales que conforman su entorno (Consejo Comunitario de Villacontó, art. 12); 2. La búsqueda de la felicidad y el bienestar colectivo de todos los habitantes y renacientes del territorio (Consejo Comunitario de Villacontó, art. 13); 3. Concertar con el Consejo Comunitario mayor, el aprovechamiento comercial del recurso forestal, quien es el dueño de los recursos naturales de su territorio, y éste previa concertación y acuerdo, le establecerá puentes con la corporación autónoma regional, para efectos de la movilidad de los mencionados forestales (art. 16 del Consejo Comunitario de Villacontó, art. 13); 4. Mantener limpia el área de usufructo: es deber de todos los habitantes mantener el frente y alrededores de su casa limpios o libres de basuras (art. 6.º del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Guayabal). Se deben presentar planes, programas o proyectos para el aprovechamiento de los recursos naturales en el territorio colectivo, por ejemplo, el artículo 37 del Reglamento Interno de Guayabal establece que quienes realicen aprovechamiento de los recursos naturales en el territorio colectivo deben presentar un Plan de Conservación Ambiental (PCA) que incluso debe presentarse antes de realizar la explotación; 5. Conservar y promocionar las festividades, los ritos y costumbres tradicionales de los ancestros de tal forma que la cultura se preserve por siempre (art. 48 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro); 6. Preservar la medicina

3.2.8. Características del usufructo de las comunidades negras

A partir del fundamento teórico proporcionado en las secciones anteriores, donde se elaboró un concepto de usufructo, se identificaron los titulares, el objeto, la adjudicación, las facultades y restricciones de la forma de ejercicio de la propiedad en las áreas asignadas al interior de cada consejo comunitario, corresponde ahora, con carácter enunciativo, relacionar los rasgos que particularizan el llamado “usufructo” de las comunidades negras:

1. Es un derecho principal porque se concibe como la misma propiedad y por ende se ejerce sobre bienes propios.

tradicional de las comunidades, valorar a las personas mayores quienes deben prestarse para educar y enseñar a los renacientes con el propósito de que se preserven sus conocimientos (art. 50 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro); 7. Todas las actividades de subsistencia que involucran el aprovechamiento de recursos naturales tienen control, se deben realizar garantizando la persistencia del recurso, la protección de ecosistemas, el respeto de los territorios ajenos, el uso de explosivos, el modelo de construcción de viviendas, el modelo de producción del territorio y las actividades productivas que se pueden desarrollar (por ejemplo, art. 35 Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Guayabal). En el usufructo clásico se pueden realizar las actividades que considere el usufructuario teniendo en cuenta los acuerdos con el nudo propietario; 8. El uso y aprovechamiento de los recursos naturales debe ser concertado con el consejo comunitario mayor y éste es el encargado de hacer los trámites y establecer ‘puentes’ con las autoridades ambientales, municipales, etc. (Consejo Comunitario de Villa Conto, art. 16); 9. El aprovechamiento de los recursos naturales tiene condiciones como centímetros, diámetro de la raíz, especies la cortar y autorización y concertación con la junta del consejo comunitario quien debe dar visto bueno para la obtención de los permisos ambientales correspondiente. El Corte de madera no podrá exceder con menos de 50 cm de diámetro de la raíz del árbol a utilizarse, y esta actividad solo se podrá llevar a cabo, si ha sido concertada con el consejo comunitario y este ha dado el visto bueno para la obtención de aprovechamiento forestal (art. 16 del Consejo Comunitario de Villacontto); 10. ‘Artículo 7.º. Todo dueño de casa y solares abandonados debe mantenerlos limpios para que los mismos no se conviertan en criaderos de plagas y que no den mal aspecto a la comunidad, de no hacerlo se entenderá que el mismo no tiene dueño y la comunidad puede utilizar de la mejor manera posible’”.

2. Solo se ejerce sobre bienes inmuebles en la forma de terrenos, tierras o mejoras (casas, lotes).
3. Se transmite por acto entre vivos o después de la muerte, respetando la voluntad de cada familia o individuo, sin que implique seguir los patrones de la sucesión regulada por la legislación civil³⁷³.
4. Las facultades de uso, goce y disposición tienen mayores restricciones que la sola función social y ecológica de la propiedad.
5. La titularidad es cualificada y condicionada porque se requiere ser integrante de un consejo comunitario y respetar las reglas de ocupación ancestral. Además, hay un solo titular, bien sea una familia o un individuo.
6. Es consensual y no solemne, en el sentido de que la forma de asignación depende de los acuerdos establecidos en cada comunidad para respetar la ocupación ancestral de las familias o individuos.
7. Es atemporal e ilimitado porque, en términos generales, es un derecho que no se pierde con el transcurso del tiempo, ya que se respetan por tradición los derechos de cada familia o individuo sobre el terreno que es de su propiedad.
8. Es un derecho que no presta garantías, en tanto que, en términos generales y por disposición legal, el título colectivo es inalienable, inembargable e imprescriptible³⁷⁴.

³⁷³ Esta forma de poblamiento permite que una persona pueda tener propiedad en otras zonas: la propiedad se define por la herencia. Si el padre o la madre nacieron en una comunidad distinta a la que actualmente habitan, posee uno o varios lotes en otras zonas que heredaron de sus padres y que a la vez heredarán sus hijos (Ministerio de Ambiente, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, 1999, p. 63). Villa (1996, p. 80) señala: “Los terrenos de propiedad individual son asignados en un primer momento por los fundadores de las poblaciones. A partir de allí, son los mecanismos de herencia los que garantizan que cada persona vaya teniendo acceso a lotes para el cultivo. La propiedad sobre un terreno se respeta muchísimo. Aún después de muerto un propietario, se reconoce a su descendencia la propiedad sobre un lote aunque esta no viva en el poblado y no lo haya utilizado durante varias décadas. Esto no implica que el terreno no sea usado por otras personas”.

De esa manera todos los argumentos hasta aquí expuestos muestran la distancia entre la figura regulada por la legislación civil y la establecida por la Ley 70 de 1993, el Decreto 1745 de 1995, y la desarrollada por las comunidades negras en su proceso histórico de apropiación de un territorio y de reconocimiento como grupo étnico. Así que el camino a seguir es la reflexión comparativa entre una y otra figuras.

3.3. Entre usufructos diferentes: un derecho diferente

Este capítulo se inició con la idea central de mostrar que, no obstante su desarrollo legal, e incluso la aceptación del uso del término “usufructo” por las mismas comunidades negras en sus reglamentos internos, no es adecuado utilizar esa figura para referirse a la forma en que las comunidades negras han ejercido su derecho a la propiedad, porque existen marcadas diferencias entre el usufructo de la legislación civil y el ejercicio realizado por las comunidades negras.

Esas diferencias reafirman la hipótesis de la tesis en cuanto a que estamos frente a una categoría de derecho sui generis en el que las reglas y derechos que tradicionalmente se derivan del derecho de propiedad tienen matices distintos como los que surgen de lo que se ha dado en llamar en este trabajo usufructo legal y usufructo tradicional. Por lo anterior, con la ayuda de la siguiente tabla, el paso a seguir es desnudar las diferencias.

³⁷⁴ Aunque la Ley 70 de 1993 establezca en el artículo 7.º que en cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable, y que solo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad o en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas; esta condición se atribuye a todo el título porque el territorio es visto como un todo y en la oficina de instrumentos públicos está registrado a nombre del consejo comunitario y por lo tanto ningún integrante a título individual puede disponer del título.

Tabla 8

Diferencias entre el usufructo de la legislación civil y el usufructo de las comunidades negras

| Usufructo civil | Usufructo de las comunidades negras |
|---|---|
| Se fundamenta en un concepto de propiedad privada desde una visión liberal. | Se fundamenta en un concepto de propiedad diferente que tiene elementos de la propiedad privada (se reconoce la individualidad) complementados con las costumbres y las prácticas productivas y culturales tradicionales. |
| Es un derecho real. | Por las particularidades no es un derecho real. |
| Es un derecho derivado. | Es un derecho principal. |
| Es un derecho diferente al derecho de propiedad. | Se concibe como el mismo derecho a la propiedad. |
| El usufructuario y el nudo propietario son personas distintas. | Existe un solo titular del derecho, que al mismo tiempo es usufructuario y nudo propietario (si se aplican los conceptos de la legislación civil clásica). |
| Coexisten dos derechos (derecho a la propiedad y derecho al usufructo). | Existe un solo derecho, el derecho a la propiedad. |
| El objeto del derecho son los bienes muebles e inmuebles. | El objeto del derecho son bienes inmuebles, en especial terrenos o lotes. |
| El modo de constitución es amplio, puede serlo por actos o negocios intervivos, <i>mortis causa</i> , usucapión o prescripción adquisitiva. | El modo de constitución de lo que la legislación de comunidades negras llamó usufructo es restringido y condicionado, pues solo lo puede ser por la asignación que a nivel interno se realiza, o por la voluntad de un miembro del consejo, de acuerdo con sus prácticas tradicionales. |
| Es solemne cuando se trata de bienes inmuebles. | Es consensuado y no exige solemnidades (proceso histórico). |
| No se transmite por herencia. | Es transmisible por herencia según la costumbre de cada comunidad. |

| | |
|---|---|
| Es temporal. | Dura más allá de la vida de una persona, según la tradición de cada familia. |
| Recae sobre bienes muebles e inmuebles. | Recae sobre un único bien (el territorio) los bienes inmuebles. |
| Las causales de extinción del usufructo son definidas por la ley. | No tiene causales de extinción salvo algunas reglas establecidas en cada consejo comunitario. |
| Exige inventario de bienes y constitución de fianza. | No exige inventario de bienes ni constitución de fianza, no es solemne. |

Fuente: elaboración propia.

Recogiendo lo más importante en el derecho en estudio no hay usufructo porque:

- El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, como se señaló en el capítulo primero, no es un derecho real.
- El objeto del usufructo es propiedad de un colectivo, no es una cosa ajena, el titular es colectivo. En consecuencia, no hay dos titulares de derecho como lo exige el usufructo de la legislación civil.
- En las comunidades negras se puede transmitir por sucesión por causa de muerte, según las reglas propias de cada comunidad, el derecho que se tiene sobre el área asignada, y el usufructo de la legislación civil, como se ha visto, es “intrasmisible” (Anzola, 1918, p. 355), y por el contrario, se perpetúa de acuerdo con las costumbres de cada comunidad³⁷⁵.

³⁷⁵ Como ilustración de la transmisión de la propiedad en las comunidades negras del Chocó, Zulía Mena (1992, p. 6) señala: “De acuerdo a lo grande que sea la familia y a lo que le guste trabajar a los mayoritarios (hombre y mujer) así mismo poseen de terrenos. La propiedad se va pasando de generación en generación (la escritura es la palabra y el trabajo de los mayores). Hoy en día nosotros heredamos tanto del padre como de la madre de acuerdo con la cantidad de hijos hombres y mujeres así mismo se reparten los terrenos (si son mujeres les toca los más cercanos al poblado o a los que más produzcan, igualmente si tiene más hijos o es la más pobre); a los hombres generalmente les corresponden los más lejos o ellos también cuando han ido jovenciando van abriendo montes o terrenos. Lo que generalmente se transmite como propiedad es terreno,

– Cuando se constituye el usufructo no son necesarias algunas ritualidades de la legislación civil, como prestar caución o hacer inventario de bienes, porque las asignaciones son realizadas teniendo en cuenta la ocupación histórica de las familias y las reglas propias de cada comunidad. Sin embargo, como una muestra del intento de homologar figuras de la legislación civil diseñadas desde el individualismo, en las comunidades negras se utilizan solemnidades como levantar escrituras de usufructo en notarías y posteriormente solicitar su inscripción en oficinas de registro de instrumentos públicos³⁷⁶.

oro y las casas, generalmente son dos casas una en poblado y otra donde está el cultivo (a orilla del río o la quebrada)”.

³⁷⁶ Como muestra el artículo 68 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro: “*Pasos para la expedición de usufructo*. 1. El interesado debe presentar certificado de dominio ancestral del inmueble, dicho certificado lo expide el Consejo menor o local, en el caso de San Isidro lo expedirá el Consejo Mayor de ancianos; el costo lo establecerá la Junta del Consejo Comunitario de San Isidro mediante Acuerdo. 2. Solicitud de visita de usufructo dirigido a la Junta Directiva del Consejo Comunitario de San Isidro. 3. Visita de usufructo. 4. Concepto técnico lo expide la oficina de Territorio y Autonomía o quien haga sus veces. 5. Minuta de usufructo. 6. La Minuta se eleva a Escritura Pública ante una de las notarías de Quibdó, el costo lo establece la respectiva notaría. 7. Edicto de publicación, los costos correrán por cuenta del Consejo Comunitario. 8. Registro de la Escritura. En la oficina de instrumentos públicos de Quibdó. Parágrafo. Los costos del usufructo correrán por cuenta del usufructo, no por los consejos comunitarios”. Como muestra el artículo 55 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario ASOCASAN, “La Junta Directiva del Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan ASOCASAN, tendrá la potestad de asignar en usufructo especial, tierra de aprovechamiento familiar y comunitario dentro del territorio adjudicado como tierra de comunidades negras del Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan ASOCASAN, de acuerdo a lo que determine el reglamento de asignación de usufructos, que debe proponer la junta a la asamblea general. Parágrafo primero: Para efectos de la organización y administración territorial interna, deberán censarse y calcularse el tamaño de las tierras de uso familiar y colectivo y sus características, de forma permanente y escalonada; para el caso de las propiedades familiares, éstas se censarán y registrarán a nombre de cada grupo familiar del territorio que sea su poseedor, mediante un registro territorial expedido por el representante legal del territorio”.

– Las áreas asignadas pertenecen a cada familia de generación en generación³⁷⁷. No se extingue por ninguna de las causas señaladas en el Código Civil colombiano en sus artículos 865 y 866.

Además, de acuerdo con el profesor Betancourt (1996, p. 145), el usufructo supone que sobre una cosa recaen por lo menos dos derechos reales: el de usufructo y el de propiedad. De tal suerte que en el derecho en análisis no existiría lo que la doctrina ha denominado “nudo propietario” porque la propiedad es del consejo comunitario, y el consejo comunitario está conformado por todos los integrantes de una comunidad. El usufructo es temporal, está destinado a extinguirse. Se reitera que no existen dos propietarios.

– No se produce un desdoblamiento del derecho a la propiedad (Rotondi, 1953, p. 278) pues no hay separación en el derecho. Es un mismo derecho que pertenece a un consejo comunitario en donde todos los integrantes tienen las mismas facultades, pero se ejercen de acuerdo con las reglas propias construidas en cada comunidad y, además, con las limitaciones impuestas por la ley. Las relaciones al interior del consejo se someten a las normas creadas por cada consejo.

3.4. Situaciones especiales derivadas del usufructo de las comunidades negras

Como se ha visto, existen dos tipos de usufructo ejercido en territorios colectivos de comunidades negras: de un lado el legal, creado por la legislación especial de comunidades

³⁷⁷ Por ejemplo, el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (2002, p. 61) señala: “Los campesinos del Medio Atrato han defendido el derecho a la propiedad de su territorio porque tradicionalmente han hecho parte de él, y las familias que hoy conforman las comunidades lo han heredado generación tras generación. Los hijos heredan de su padre y su madre biológicos, pero también pueden heredar los hijos de crianza, los familiares en cualquier grado que hayan velado por un anciano o por un enfermo, o quien haya asumido los gastos de mortuoria. Igualmente, pueden heredar los ahijados, si sus padrinos expresan en vida su voluntad de que aquí suceda. Cuando muere una persona soltera, sin hijos, su tierra regresa a la familia”.

negras, en el cual el derecho es regulado y administrado por un consejo comunitario a través de una junta directiva que tiene la facultad de disposición sobre las áreas de uso colectivo, y dirige y convalida los actos sobre las áreas familiares e individuales; y de otro el usufructo tradicional, según el cual por la ocupación ancestral las familias e individuos son verdaderas propietarias de terrenos, lotes, fincas, mejoras al interior de una comunidad negra, por lo que algunos autores como Villa (s.f., p. 42) reconocen que estamos ante una forma de propiedad privada donde el consejo comunitario entra a tener poco control.

Bajo esa visión, llamada en este capítulo “usufructo tradicional”, las comunidades asimilan con modificaciones (como los lazos de parentesco, el concepto de familia extendida, la sucesión, las prácticas culturales, las prácticas productivas y las condiciones establecidas por la Ley 70 de 1993, entre otras) parte del concepto de propiedad individual del derecho civil; además, los actos de disposición del derecho pertenecen exclusivamente a las familias o individuos y no a los órganos de administración del consejo comunitario.

En tal sentido, lo que existe desde el usufructo tradicional es el derecho a la propiedad y no el “usufructo”; las familias o individuos tienen los actos propios de la facultad de disposición del clásico derecho civil tales como la “venta y arrendamiento de las mejoras y los derechos de usufructo entre los miembros del palenque” (propuesta de las comunidades negras respecto de la formulación de la ley que ordena el artículo 55 transitorio, 1993, p. 16) o del consejo comunitario, pero con algunas particularidades. Esos dos tipos de “usufructo”, el legal y el tradicional, también se pueden ilustrar con la descripción de Villa (s.f., p. 13)³⁷⁸.

³⁷⁸ “Sistemas de propiedad o usufructo: las categorías frente y respaldo tienen influencia directa en los sistemas de apropiación del territorio. La delimitación del área perteneciente a cada familia parte de un frente desde el cual se establecen unos linderos que conducen hacia el respaldo. En el frente existe un reconocimiento estricto de la propiedad familiar; allí se encuentran las viviendas y las áreas de cultivo. A medida que se avanza confluyen áreas de uso o apropiación de otras familias de la comunidad o vereda, o también los respaldos de las comunidades vecinas. Una primera representación sobre el modo como la comunidad negra apropia el territorio y que es la que desde ACIA se proyecta durante los años ochenta, define fundamentalmente dos espacios de uso. Uno que son los lotes de labor agrícola o los espacios de minería

De tal manera que frente a esas dos visiones que conviven en la actualidad en el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia, se generan algunas situaciones especiales que siguen mostrando que la figura creada por la Ley 70 de 1993 y regulada por el Decreto 1745 de 1996 y el derecho propio de las comunidades, ha sido llamada erróneamente “usufructo”.

Además, muestran la confusión generada por el uso de un término que responde más a características de la propiedad ideada y desarrollada por la doctrina civil clásica que al concepto de propiedad que tienen estas comunidades; lo que generó para esta tesis, que dichas comunidades incluyan aspectos propios del derecho civil en su forma tradicional de propiedad, sin que se haya avanzado en estudios en los que se reflexione sobre la conveniencia o no de la incorporación de la legislación civil en el derecho propio, situación que puede ser fuente para otro trabajo doctoral. Como muestra de este proceso denominado en esta tesis “incorporación de la legislación civil”, lo dispuesto por algunos consejos comunitarios de comunidades negras del Chocó³⁷⁹.

donde la propiedad se ejerce de manera privada, en tanto que el otro son las áreas circundantes a las tierras de propiedad familiar y en la que la apropiación es colectiva. Sin embargo, no existe una norma universal al Pacífico en lo que hace a la regulación de la propiedad y ésta ha venido evolucionando al fragor de los cambios, de la presión por el acceso al control de los recursos forestales o mineros determinada por los tipos de tecnologías que se aplican para la extracción de recursos y las modalidades de intercambio comercial”.

³⁷⁹ Reglamento Interno del Consejo Comunitario ASOCASAN. “Artículo 54. *De las zonas de uso familiar*. Estas zonas son entendidas y sancionadas en el presente reglamento interno, como aquellas áreas del territorio colectivo en las que cada familia nativa o colona del mismo, ha mantenido uso y desarrollado prácticas tradicionales de producción; en ese sentido, estas tierras son reconocidas y legalizadas al interior del territorio como zonas de uso y dominio familiar de dichas familias; tal y como reza el decreto 1745 de 1995, respetando el derecho propio y al tenor de las leyes agrarias. Artículo 18 Consejo Comunitario Villacontó: En caso de que el río cambie su cauce por fenómenos naturales y el cauce anterior se seque adhiriendo el islote al lote de tierra contiguo, del colindante o vecino, la decisión de a quien le pertenece el mencionado lote adherido, se definirá de acuerdo a lo establecido en el Código Civil colombiano”. Otro ejemplo, se puede ver en la definición de usufructo incorporada en algunos reglamentos internos, como en el del Consejo Comunitario de San Isidro en donde se define usufructo como: “Artículo 66. *Usufructo*. Es la adquisición temporal del dominio de una cosa en el caso del Consejo Comunitario por tratarse del manejo del territorio esa cosa se

Entonces, en el usufructo de las comunidades negras en el que convergen actos de creación legal (venta condicionada) y actos tradicionales producto de la ocupación ancestral (venta, arrendamiento de tierras, transmisión por causa de muerte) se presentan situaciones especiales como:

1. El arrendamiento de tierras para la explotación de recursos naturales principalmente para la exploración y explotación del recurso forestal³⁸⁰ y de minerales, y 2. La asignación de áreas del territorio colectivo en usufructo para el funcionamiento de entidades estatales y el desarrollo de proyectos de organizaciones no gubernamentales.

traduce a una bien raíz para su uso y goce por parte del usufructuario, obteniendo éste las utilidades de la cosa, mientras el dueño conserva la propiedad a futuro”. En ese artículo se pueden ver claramente la contradicción y el error planteados en este capítulo en cuanto al uso del término usufructo cuando se trata de comunidades negras; el usufructo respeta las culturas, las costumbres tradicionales y los principios de identidad y autonomía porque se contempla el término temporal; es decir, se respetan los troncos familiares y el usufructo se transmite de generación en generación. Por ejemplo, ese consejo solicita la entrega de un “certificado de dominio ancestral del inmueble”: Reglamento Interno de San Isidro. Artículo 68. Incluso en algunas propuestas para la reglamentación de los capítulos IV, V y VII de la Ley 70 de 1993 contemplan la incorporación de la legislación civil, así: “Artículo 6.º. *Reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras*. Este reglamento contendrá, entre otros los siguientes puntos: [...] b) Procedimiento para el traspaso de usufructo: 1. Solicitud de la persona o familia interesada a la Junta del Consejo Comunitario. 2. Medición técnica del terreno solicitado. 3. Expedición del documento de usufructo a nombre de los solicitantes, donde se consignara las causales de revocatoria, el plazo y las condiciones generales de uso. 4. Elevar el usufructo a escritura pública. 5. Inscripción en la oficina de instrumentos públicos (Proyecto de Ley Reglamentario de los capítulos IV, V y VII de la Ley 70 de 1993, versión junio de 2007).

³⁸⁰ Siguiendo el informe de la Defensoría del Pueblo (2014, p. 31), a pesar de que en la actualidad existe una amplia normatividad ambiental dirigida a materializar los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano y relacionados con la protección y conservación del ambiente y de los recursos naturales, tales normas son frecuentemente desconocidas en la ejecución de actividades y proyectos que implican un riesgo de deterioro ambiental y de impacto negativo sobre los recursos naturales y la diversidad biológica. Tal es el caso de la explotación de madera que por años se ha realizado en el Departamento del Chocó, actividad en la que no se garantiza la sostenibilidad, pues, como se explica seguidamente, la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos forestales ha estado ausente, y el incumplimiento de las normas sobre aprovechamiento forestal ha sido constante.

Antes de continuar es necesario exponer la limitación de esta parte de la tesis, puesto que se estructuró a partir de las descripciones y análisis de contenido de las disposiciones legales y de los escasos documentos en los que se abordan los fenómenos que se describen en el capítulo siguiente: por su objetivo principal (explicar el carácter sui generis del derecho en estudio) otras propuestas metodológicas desbordarían el cauce de la investigación, por lo tanto no se ofrecen reflexiones producto de estudios de caso que impliquen una comprensión práctica de las situaciones especiales que se describen; esta sección de la tesis es solo la puerta de entrada a un mundo que aún continua sin explorar y que puede dar origen a otras investigaciones³⁸¹.

Las situaciones descritas reflejan la dualidad de visiones que convergen sobre lo que se denominó “usufructo”; es decir, de un lado el usufructo tradicional según el cual cada familia o individuo es propietaria de un terreno y puede realizar diferentes actos de disposición, entre ellos el arrendamiento, aun sin el control y autorización del consejo comunitario, y de otro, el usufructo legal, que surge a raíz del artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991 y la Ley 70 de 1993^[382], otorgándole todas las facultades al consejo

³⁸¹ Por ejemplo, Copete (2013) en un trabajo de campo realizado en el municipio de Tadó en el departamento del Chocó en relación con los cambios introducidos por la minería con retroexcavadora, que es una de las situaciones especiales identificadas en esta tesis, señala: “Durante el acercamiento a la realidad problemática, se ha percatado de que esta temática aún está lejos de convertirse en objeto de estudio de la academia universitaria. La ausencia de estudios sobre las alteraciones de la cultura del Chocó interno a causa de la irrupción de una explotación minera modernizada y masiva y por el contacto con otras entidades culturales, es un claro indicio de que es un fenómeno que necesita abordajes críticos, imparciales, conscientes de que el cambio cultural es inherente a los grupos humanos (incluso en culturas centenarias como la de las negritudes del Chocó) y que, en efecto, responden en muchos casos a deficiencias del aparato estatal, tal es el caso de la pérdida de territorios o el crecimiento de mano de obra asalariada en pésimas condiciones laborales” (Copete, 2013, p. 11).

³⁸² De acuerdo con el artículo 32 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Guayabal: “En el evento de haber controversias entre los miembros de una misma familia por recibir el beneficio de cualquier actividad realizada por terceros en sus tierras de usufructo, será la junta directiva quien reciba dicho beneficio y lo reparta en partes iguales entre todos los miembros de una familia. No importa qué miembro de la familia

comunitario para administrar el título colectivo adjudicado y ejercer funciones de autorización, otorgamiento y presentación de permisos, control y vigilancia³⁸³.

Para finalizar, las situaciones ilustradas en párrafos anteriores dan cuenta, en primer lugar, de las circunstancias especiales que rodean el ejercicio de la forma de propiedad que las comunidades negras recrearon de generación en generación a través de su proceso histórico de poblamiento con el inicio y finalización de la esclavitud y hasta nuestro días, y en segundo lugar, reflejen el proceso de adaptación a nuevas formas organizativas creadas a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución y de su posterior desarrollo legal.

En todo caso, esas situaciones también reflejan lo que insistentemente se planteó durante todo el presente capítulo: cuando se trata de comunidades negras, el uso del término “usufructo” no se corresponde con las implicaciones teóricas del espacio natural de donde surge la figura, es decir, no se corresponde con el usufructo derivado del derecho a la propiedad de la legislación civil, porque el derecho a la propiedad de las comunidades negras en Colombia es un derecho sui géneris.

haya conseguido cómo usufructuar dicha tierra, el beneficio es para toda la familia, sin importar que la familia principal se haya subdivido en varios núcleos familiares”.

³⁸³ El profesor Villa (2000) describe el cambio que se dio en las comunidades negras con la expedición de normas especiales como la Ley 70 de 1993: “Todo parece haberse desbordado y ante ello las comunidades inician el trabajo de delimitar los territorios. Las ciénagas, espacio colectivo por excelencia, ya no pueden ser el territorio abierto para que pescadores de muchos lugares lleguen, debe regularse su uso, generarse consensos respecto a quienes tienen derecho para pescar en ella, cerrar la entrada a gentes de otras comunidades lejanas que llegan con sus motores y aparejos de pesca. De igual forma esto comienza a suceder con los bosques y con las tierras de mina. Hacia el año de 1985, las comunidades del medio Atrato realizan la tarea de delimitar sus territorios, de regular al interior de ellos la explotación de los recursos y de poner diques a la presencia de personas y empresas. La delimitación territorial es ejercicio que cuenta con la asesoría de los grupos misioneros y es reflexión que tiene como núcleo el problema del manejo de los recursos naturales. Este proceso es la afirmación de la propiedad colectiva, a la vez que, es poner límites, mojones, marcas que no habían sido necesarias hacia el pasado. Una nueva forma de propiedad se inaugura en el Pacífico, donde lo colectivo, como territorio sin límite, transita hacia el territorio que se define en un mapa y en el que se puede hacer un censo de los propietarios”.

Esquematizando, en virtud del derecho en estudio no debería utilizarse la expresión “usufructo” porque con ella se sigue reproduciendo lo que Paolo Grossi (1992) denominaba la “mentalidad civilista”. Si se tiene en cuenta el fundamento ético del derecho de las comunidades negras no se trata de un usufructo, sino del respeto de una práctica de ocupación histórica en la que coexisten espacios y prácticas colectivas; además existe un “proceso de poblamiento que está dirigido a reforzar los vínculos del mismo origen del tronco familiar, la solidaridad, los favores, los ritos y ceremonias que son el soporte básico para consolidar lo colectivo” (Mena, 1992, p. 6).

No puede haber usufructo porque no hay dos derechos, ni dos propietarios, simplemente la inclusión de la figura de la venta o el arrendamiento entre los miembros del grupo refleja el carácter individual que aún subsiste en el derecho a la propiedad colectiva y que desde su origen ha estado presente en la apropiación realizada por las comunidades negras³⁸⁴.

Ahora bien, la tarea final de este trabajo continuará en el próximo capítulo donde se amplían algunas de las particularidades identificadas en el derecho colectivo que generan controversias tanto a nivel interno como externo por el ejercicio del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, y que para este trabajo se han denominado “tensiones”.

³⁸⁴ Nótese lo establecido en el Reglamento Interno del Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana: “Artículo 6.º. *De la distribución del territorio*: [...] Parágrafo. Para hacer la distribución de terrenos a las familias, y en general el uso y manejo del territorio se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones: 1. Reconocer la posesión ancestral de las familias. 2. Delimitar las áreas de protección y reglamentar su uso y manejo. 3. Definir los linderos con otras familias y /o personas y comunidades de manera amigable mediante la concertación con especial participación de los troncos familiares. 5. Se hará aclarando los límites tradicionales y otorgar el usufructo a cada persona o familia. Artículo 9.º. *Ventas de los terrenos*. Parágrafo: Los territorios no se venderán sino que se prestarán o se alquilaran a la gente de la misma etnia En caso que se llegare a presentar esta posibilidad se deberá tener en cuenta: a. La junta del consejo comunitario debe prestar asesoría a las personas que estén interesadas en vender. b. Establecer mecanismos que nos permitan conservar el territorio para la comunidad, fortaleciendo el desarrollo de la misma [...]”.

Tercera reflexión

Si en el capítulo primero de esta tesis se afirmó que el derecho en estudio no tiene el carácter de derecho real, como consecuencia se debe plantear que la figura regulada en el Decreto 1745 de 1995 no es el “usufructo” o, al menos, no el que es definido desde el derecho civil clásico donde se plantea como una derivación o un derecho que se desprende del concepto clásico de derecho a la propiedad, y en este trabajo se ha considerado que el derecho a la propiedad de las comunidades negras trasciende las nociones clásicas del derecho civil.

Aún más, dicho análisis contribuye a demostrar que, no obstante el uso generalizado del término “usufructo” para referirse a la forma en que se concibe y ejerce la propiedad por las comunidades negras, se está realizando un uso inadecuado del término; en otras palabras, de forma errónea se asimila y extiende una figura que no corresponde con el ejercicio real de la forma de propiedad que ha sido reconocida a las comunidades negras.

El uso erróneo se presenta por tratar de homologar figuras distintas; así, los principios que inspiran el usufructo regulado por la legislación civil, su definición, su objeto y características, la forma de su constitución y extinción, su finalidad, y los derechos y deberes que genera, es diferente para los territorios colectivos de comunidades negras, pues lo que ha existido para esas comunidades es la propiedad por familias de un terreno para vivir y ejercer sus prácticas tradicionales.

De esa manera, el mito del usufructo colectivo ha sido recreado y reforzado con la delimitación espacial del territorio ocupado tradicionalmente por las comunidades negras, realizada bajo los criterios y lineamientos establecidos por el Estado colombiano a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991 y desarrollado por la Ley 70 de 1993, según el cual, los territorios colectivos se imaginan como un espacio para uso de todos sin límites individuales y administrado de forma organizada por una nueva estructura de gobierno interno que se presume es respetada y aceptada por todos los integrantes de cada consejo de comunidades negras a raíz de la expedición de la Ley 70 de 1993.

El proceso histórico de formación, desarrollo y reconocimiento legal de esas comunidades, iniciado en la esclavitud y aún vigente, demuestra que en la cotidianidad las comunidades negras han construido una forma de ejercicio de un derecho en el que se asumen como propios, lejos del colectivo, ciertos espacios para uso de individuos y familias. Desde el ejercicio real las comunidades negras incorporaron visiones de la propiedad clásica y las recrearon y transformaron con las prácticas culturales y productivas que fueron transmitiendo de generación en generación.

Ahora bien, en ese proceso de reconocimiento como sujetos de derecho el Estado recogió parte de la visión de las comunidades en relación con sus derechos; de ahí que en este capítulo se identifiquen dos modalidades de lo que se ha denominado usufructo: el legal y el tradicional.

La distinción entre usufructo tradicional y legal es la oportunidad teórica para demostrar que la legislación especial de las comunidades negras parte de un “presupuesto ontológico” en el que se da una mixtura de elementos que terminan por constituir la fuente del carácter especial y sui géneris del derecho en estudio. De manera que se mezclan e incorporan elementos del derecho de propiedad de la doctrina civil clásica con prácticas creadas y recreadas en el proceso histórico que han vivido esas comunidades, en el cual se involucran su pasado más remoto, su ascendencia africana, el proceso de esclavitud y el proceso jurídico para su reconocimiento.

Desde la visión tradicional el usufructo de las comunidades negras es concebido como un derecho principal, autónomo, y como un verdadero derecho a la propiedad que otorga facultades para realizar diferentes actos de disposición jurídica que dependen de cada familia o individuo, como la venta, el arrendamiento o la cesión del derecho. Estos actos de disposición encuentran restricciones y regulaciones a partir de la expedición de la Ley 70 de 1993 que crea una nueva estructura organizativa al interior de esas comunidades, como son los consejos comunitarios, quienes asumen un rol protagónico como máxima autoridad de administración interna del territorio colectivo en el cual se ejerce el derecho a la propiedad.

Algunos actos de disposición que en la actualidad se realizan en los territorios colectivos de comunidades negras, como se ha visto en este capítulo, parten de la visión amplia de usufructo por lo que deben ser revisados; tal es el caso de las ventas o el arrendamiento de tierras, no solo por sus impactos en el ambiente o en las prácticas tradicionales, sino por los posibles impactos negativos frente a derechos reclamados por la comunidades como el derecho a la autonomía, ya que los terceros con capacidad administrativa y financiera pueden terminar influyendo en decisiones esenciales como la distribución de espacios, el funcionamiento de juntas directivas y, en general, incidir en la estructura y funcionamiento, de forma que cada vez más se desvirtúa la finalidad del reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, y en mayor medida se incorpora la legislación civil.

Capítulo cuarto

Tensiones generadas en el ejercicio de un derecho sui generis

Queda claro que la tradición de invisibilidad no se rompió. Esto se volvió evidente cuando el nuevo régimen legal buscó su orientación en la legislación indígena y no en la propia realidad de la cultura negra. Es por eso que hoy existe una copia de la legislación indígena en lugar de un régimen sui generis.

Lioba Rossbach de Olmos

Presentación

En los tres capítulos precedentes se demostró que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es diferente puesto que ampara una propiedad sui generis que simultáneamente contiene elementos de derecho público (las tres *ies* descritas por Arocha, 2004, p. 162) para referirse a la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, características principales de los bienes de uso público que no se adquieren mediante compraventa sino por adjudicación, reconocen la propiedad sobre algunos recursos

naturales y su órgano de gobierno ejerce funciones como el ordenamiento territorial, la resolución de conflictos y la conservación de recursos naturales que es asignada a entidades que representan al Estado, y de derecho privado (las transacciones de venta, cesión, arrendamiento, donación, herencia y “dueños claramente determinados” (Olof, Mazzot y Santos, 2003, p. 26), que no se excluyen en el ejercicio del derecho. Además, es un derecho administrado por un órgano de naturaleza mixta y con competencias regulatorias como son los consejos comunitarios.

En medio de esa complejidad teórica que subyace en la reglamentación del derecho se identificaron no solo elementos mixtos que podrían hacer corresponder el derecho a una u otra categoría, ya explicados en los capítulos previos, sino también algunos escenarios que en este documento se llamarán tensiones³⁸⁵, para hacer referencia a las situaciones que generan controversia o confrontación tanto al interior como al exterior del consejo comunitario titular del derecho a la propiedad colectiva; se trata de situaciones donde hay

³⁸⁵ El término tensión es definido por el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* como un estado de oposición u hostilidad latente entre personas o grupos humanos, como naciones, clases, razas, etc. Disponible en [<http://dle.rae.es/?id=ZTjIOnP|ZTmWUhQ>], consultada el 20 de mayo de 2016. Se utiliza el término tensión porque en la tesis no se realiza un estudio de caso o se aplican técnicas de investigación como historias de vida, trabajo de campo, estudios antropológicos, entrevista en profundidad con miembros de consejos comunitarios, o caracterización de un consejo en particular, sino que se hace un análisis de datos secundarios obtenidos a través de la revisión bibliográfica y de respuestas a derechos de petición. Las tensiones que se estudian en esta tesis tienen que ver con el ejercicio de las facultades que se derivan del derecho a la propiedad. En otros estudios, como los de Odile Hoffmann (2002), se describe varios de los conflictos que tienen que ver con el territorio, a saber: 1. Conflictos internos que suelen nacer de las nuevas jerarquías establecidas entre habitantes que aspiran a un mismo territorio colectivo y que participan en la movilización étnico-territorial (entre escolarizados y no escolarizados, rurales y urbanos, ancianos y jóvenes), pues el territorio, al ser condición para el reconocimiento de la colectividad y de sus derechos, se asocia a nuevos dispositivos internos de jerarquía social; 2. Conflictos territoriales con los vecinos que pueden –en ciertos casos– adquirir el matiz de "conflicto interétnico" entre indios y negros, o blancos y negros, cuando en el fondo se trata de luchas por el territorio; 3. El conflicto armado, ya que los actores de la guerra necesitan el territorio, de manera continua o temporal, sea para cultivar coca, transitar o residir una temporada con cierta seguridad, y 4. Conflictos que nacen de las ambiciones territoriales de los grandes agentes económicos.

una superposición de intereses en un mismo espacio: el territorio colectivo de las comunidades negras.

Precisamente, en este último capítulo de la tesis se presentan dichas tensiones para ejemplificar lo que puede suceder por la comprensión inadecuada de un derecho. Dichas tensiones se identifican a partir del análisis normativo de la Ley 70 de 1993, del Decreto 1745 de 1995, de la lectura de resoluciones de adjudicación de tierras de comunidades negras, del Protocolo de entendimiento, armonización, cooperación y coordinación entre los operadores de la justicia afrocolombiana y la justicia nacional y ordinaria³⁸⁶, y de la revisión de reglamentos internos de los consejos comunitarios, con las observaciones³⁸⁷ señaladas en los capítulos segundo y tercero; además de la respuesta de varias inspecciones de policía del Departamento del Chocó³⁸⁸ que han recibido algunas de esas situaciones, y de informes periodísticos y de entidades del Estado que las han documentado.

³⁸⁶ Este protocolo es un documento elaborado en el Consejo Comunitario de COCOMACIA teniendo en cuenta la función que la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 le atribuyen a los Consejos como amigables componedores en conflictos internos y conciliadores en equidad, para desarrollar actividades de entendimiento, cooperación y coordinación con la justicia nacional ordinaria.

³⁸⁷ Las observaciones tienen que ver con las limitaciones de esta parte de la tesis, debido a que, por el objetivo del trabajo doctoral, no se realizaron estudios de caso que permitan una mayor descripción de lo que sucede en cada consejo comunitario de comunidades negras, y, además, las situaciones que se plantean no han sido objeto de investigaciones más profundas que avancen más allá de informes periodísticos e informes de organizaciones no gubernamentales. Igualmente, los reglamentos internos contienen pocas descripciones acerca de la forma en que se solucionan las controversias al interior de los consejos comunitarios. se debe tener en cuenta que cada una de las tensiones planteadas puede ser fuente de próximos trabajos doctorales.

³⁸⁸ Se presentó derecho de petición a los inspectores de Policía de los municipios de Bagadó, Quibdó, Tadó, Cértegui e Istmina del departamento del Chocó en donde se indagó acerca de: 1. Las situaciones que con mayor frecuencia presentan o por las cuales consultan los integrantes de los consejos comunitarios de las comunidades negras en sus despachos (relacionados con el derecho de propiedad); 2. Si la Inspección ha tramitado o recibido solicitudes para dirimir conflictos entre miembros de consejos comunitarios de comunidades negras relacionadas con el aprovechamiento de recursos naturales en territorios colectivos, arrendamiento de tierras, minería, etc.; 3. Relacionar los casos con un breve resumen de los hechos

Este capítulo está dividido en tres subtítulos, el primero se dedica a analizar las tensiones llamadas intracomunitarias, el segundo a las extracomunitarias, el tercero hace una reflexión teórica a la solución de las tensiones identificadas, y finaliza con las conclusiones.

4.1. Tensiones intracomunitarias derivadas del usufructo de las comunidades negras

Las tensiones intracomunitarias son aquellas controversias que se presentan al interior del consejo comunitario por la materialización del derecho a la propiedad colectiva, y tienen su origen fundamentalmente en la forma en que se positivizó el ejercicio y la facultad de asignar áreas al interior del consejo comunitario, reglamentadas por el Decreto 1745 de 1995 como “usufructo”.

De acuerdo con los argumentos que se han presentado en esta tesis, el usufructo establecido en la legislación especial de comunidades negras se convierte tanto en uno de los elementos que permiten ver las particularidades del derecho en estudio como en uno de los detonadores de tensiones³⁸⁹ al interior de un territorio de comunidades negras.

presentados. También se presentó un derecho de Petición al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural. Dirección de Asuntos Étnicos de Bogotá y a la Regional en el Departamento del Chocó (Anexo 6) donde se indagó acerca de a. Si el Instituto ha adelantado trámites para la modificación de resoluciones de adjudicación de títulos colectivos a comunidades negras, en especial en el departamento del Chocó; b. Las causas o la motivación para realizar modificaciones después de la expedición de las resoluciones de adjudicación de los títulos colectivos a un consejo comunitario, y c. Si han identificado situaciones de conflicto que se presenten en relación con títulos por la delimitación de zonas urbanas y territorios colectivos de comunidades negras (Anexo 7).

³⁸⁹ En virtud del derecho de petición presentado ante el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, un funcionario de la entidad delegado por el Director de Asuntos Étnicos explicó: “El origen de los conflictos en territorios colectivos de comunidades negras tiene que ver con el proceso de titulación que se dio a las carreras y se enfrentó a varios factores o situaciones que existían antes, como los procesos de constitución de resguardos, la violencia en la región, el desconocimiento de las organizaciones. En el caso del Consejo Comunitario Cocomacia, los conflictos se originaron porque se tituló a organizaciones (ACIA) y no a consejos comunitarios como dicen la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995. Hubo un error y no se excluyeron las

Lo anterior, por las facultades individuales de disposición que permiten realizar transacciones y negociaciones como la compra, la venta, el arrendamiento o la cesión³⁹⁰ que, producto del usufructo, son la fuente de controversias entre los miembros del consejo; como se ha dicho, para esta tesis, el usufructo reglamentado en el Decreto 1745 de 1995 no corresponde o no debería corresponder con el “usufructo” regulado por la legislación civil colombiana, aunque se conserven facultades que pueden ser heredadas de lo que Rossbach (2004, p. 78) denominó “cultura dominante hispanoamericana”; esta dualidad de visiones incorporados en el derecho a la propiedad crean todas esas tensiones.

4.1.1. Tensiones derivadas de la forma y las facultades de la titularidad

Como se estudió en los capítulos segundo y tercero, la titularidad del derecho a la propiedad es cualificada; desde esa perspectiva la titularidad les corresponde a todos los integrantes del consejo comunitario, pero las facultades de disposición material están “desconcentradas”, como se afirmó y explicó en el capítulo segundo.

En virtud de los artículos 5.º y 7.º de la Ley 70 de 1993, 6.º numeral 4, y 11 numeral 6 del Decreto 1745 de 1995, al interior del consejo comunitario las familias o individuos tienen derechos sobre las áreas que ancestralmente han ocupado de acuerdo con sus “propias tradiciones y costumbres”; es decir, se tienen en cuenta la ocupación y apropiación

zonas urbanas. De acuerdo a como quedaron las resoluciones, por ejemplo la de COCOMACIA, se utilizaron como fundamento jurídico; la resolución no se modifica sino que se hacen acuerdos interétnicos”. A la fecha el INCODER no ha expedido resoluciones de modificación de títulos otorgados, sino que hay procesos de deslinde en curso para hacer claridad en títulos de comunidades negras e indígenas, pero no se han expedido actos administrativos (charla con Ímer Ramos, funcionario del INCODER, el 28 de octubre de 2013).

³⁹⁰ Las facultades de venta, arrendamiento o cesión siempre han estado presentes en la forma de apropiación del territorio de las comunidades negras; en su propuesta relacionada con la formulación de la ley que ordena el artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional en mayo de 1993, el artículo 38 establece: “Son funciones del Consejo de Palenque: Reglamentar la venta y arrendamiento de las mejoras y los derechos de usufructo entre los miembros del palenque.”

individuales³⁹¹ del territorio de generacionalmente³⁹² las familias han realizado al interior de cada consejo comunitario descritas en el capítulo tercero de este trabajo.

Bajo los supuestos de la Ley 70 de 1993 (art. 7.º) y los reglamentos internos de cada consejo dentro de esas áreas cada familia puede disponer, esto es, comprar, vender, ceder o arrendar a otros integrantes de su consejo comunitario o a cualquier integrante del grupo étnico, e incluso, en la actualidad, aunque se salga de los parámetros contemplados en la ley, a personas que no hacen parte ni del consejo ni del grupo étnico.

³⁹¹ A partir de su propuesta para la reglamentación del artículo 55 transitorio, las comunidades negras respetaron, reconocieron y aceptaron los “sistemas tradicionales de propiedad”, entre ellos la propiedad individual, y la realización de transacciones tales como la compra, la venta y el arrendamiento de los terrenos de su propiedad. Así se puede ver en el artículo 5.º de la propuesta: “Reconócese a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva en calidad de palenques sobre las tierras comunales que ancestralmente han venido ocupando y/o poseyendo tradicionalmente o que constituyen su hábitat, en especial en aquellas áreas sobre las cuales ejercen actividades agropecuarias, forestales, piscícolas, mineras, de recolección, caza, medicina tradicional y de recreación. Parágrafo. Esta titulación respetará los sistemas tradicionales de propiedad y posesión de las comunidades y troncos familiares; la propiedad familiar, asociativa e individual según sus usos y costumbres. Igualmente respeta los modos de transmisión de estos derechos” (Diócesis de Quibdó. “Propuesta de las Comunidades Negras de Colombia sobre la formulación de la ley que ordena el artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional”, 1993, p. 9). De igual forma, en la encuesta para la reglamentación de la ley que reconoce el territorio tradicional de las comunidades negras de Colombia, la Asociación Campesina Integral del Atrato (ACIA), preguntó a los integrantes de las comunidades del Medio Atrato en el Departamento del Chocó: ¿Cómo está dividido el territorio de su comunidad? ¿Qué le da derecho a las personas y a las familias sobre un terreno? ¿Se vende la tierra? ¿A quién? ¿Cómo se fija el precio? ¿Qué bienes son de la comunidad? ¿Qué bienes son de la familia? ¿Qué bienes son de las personas? ¿Se prestan o arriendan tierras? ¿A quiénes? ¿Con qué condiciones se arriendan o se prestan?

³⁹² Ministerio del Medio Ambiente, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Proyecto Zonificación Ecológica de la Región Pacífica, 1999, p. 65: “Los sistemas de apropiación del territorio, están ligados al sistema de parentesco, basado históricamente en unos miembros fundadores del asentamiento, que conforman unos troncos familiares, los cuales van a tener derechos sobre el uso y apropiación de las tierras”.

La situación de confrontación u oposición que involucra la titularidad se presenta cuando el integrante o integrantes de un consejo comunitario, bien sea una familia o un individuo deciden arrendar, vender o ceder a otro sea integrante o no del consejo comunitario la totalidad o parte del área o terreno otorgado o, mejor, reconocido.

Generalmente ese acto de disposición, como se enunció en el capítulo precedente, involucra el uso de recursos naturales, especialmente forestales o minerales³⁹³, y en ocasiones la decisión unilateral tiene impacto no solo en la esfera del área individualmente asignada a cada familia o individuo, sino que también puede producir sus efectos en todo el consejo comunitario o ir en contravía del interés de la comunidad y de la finalidad misma del reconocimiento del derecho que, como se analizó en el capítulo primero, tiene que ver con la identidad y subsistencia de la comunidad³⁹⁴.

³⁹³ En la actualidad se presentan cambios drásticos en el Pacífico colombiano en el uso de los recursos forestales y mineros; por ejemplo: “Aunque comúnmente se explotan más las minas de aluvión, lo rudimentario de la técnica ha impulsado algunos cambios que han alterado la forma tradicional de producción, tales como la vinculación del pequeño productor como mano de obra en minas donde no necesariamente prevalecen lazos de parentesco; la unión de esfuerzos entre varios mineros para adquirir instrumentos de trabajo más tecnificados y eficaces [...] Tradicionalmente, las comunidades han aprovechado especies maderables para usos como construcción de vivienda, labranza de canoas, potrillos, palancas, y canaletes, la realización de esta actividad se rige por normas consuetudinarias, entre otras, solo cortar madera que se necesita para el uso” (COCOMACIA. Red de Solidaridad Social, 2002, p. 77).

³⁹⁴ Como ejemplo, el Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FISCH) y el Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna denunciaron ante la Relatora de Derechos de los Afrodescendientes y Contra la Discriminación Racial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la situación que se presentaba en 2011 en algunos municipios del Chocó por la explotación de minerales: “Para alcanzar cierta aceptación de las personas de las comunidades, en ciertos casos los propietarios y operarios de las máquinas pagan a las familias que habitan algunos terrenos, cuotas para que consientan la explotación del territorio. Así mismo, permiten que, una vez hayan sido removidas las piedras y arenas de los lechos de los ríos, las familias se acerquen para realizar minería artesanal y capturar aquellos pequeños trozos de oro que se le escapan a las grandes máquinas. La actividad extractiva realizada por los operarios de la maquinaria se caracterizó por tener un impacto ambiental hasta el momento irreversible, toda vez que para obtener mayores ganancias arrasaron la riqueza natural de la zona. Talaron una parte considerable de bosques nativos para acercarse a lugares

Por eso, señala Machuca (1998, p. 52), los conflictos ambientales y las recientes tensiones relacionadas con la explotación de recursos naturales en asentamientos de comunidades negras se refieren a aspectos como la minería, la pesca y la explotación forestal. En efecto, los actos de disposición del usufructo son aceptados al interior del consejo comunitario (con algunas restricciones) tanto para los que viven de forma presente en el territorio, como para aquellos que no viven físicamente pero tienen derecho sobre las áreas que son de su propiedad; debido a que “la compra y venta de terrenos entre miembros de la comunidad es frecuente” (Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 237)³⁹⁵.

inexplorados en busca de oro, lo que sumado a la remoción de cantidades considerables de arena y piedras ocasionó niveles altos de sedimentación. Así mismo se provocaron alteraciones radicales del paisaje, destrucción del suelo y de bosque natural, destrucción de sementeras y cultivos de pancoger, erosión de las orillas, entre otras afectaciones. Todos estos factores determinaron la desviación del cauce del río Quito”.

³⁹⁵ Verbigracia, lo dispuesto en los Reglamentos Internos de Consejos Comunitarios del Departamento del Chocó. Reglamento Interno Consejo Comunitario de Guayabal. “Artículo 28. Toda persona o familia que vaya a vender o enajenar propiedades individualizadas, tiene el deber de solicitar por escrito a la junta directiva para que se tomen las decisiones conforme a la Ley”; Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana. “Artículo 9.º. En caso que se llegare a presentar esta posibilidad (venta de terrenos) se deberá tener en cuenta: // [...]. Que los precios de arriendo sean concertados entre la junta del consejo comunitario local y poseedor o usufructuario [...]”; Reglamento Interno Consejo Comunitario de Asocasan. “Artículo 54. *De las zonas de uso familiar* [...] Estas fincas y mejoras están bajo el control de cada familia como propiedad familiar y bajo el control político y social del Consejo Comunitario, como comunidad étnica territorial de régimen legal especial”; o la narración de la investigadora Claudia Howald: “En aquella ocasión los mineros le daban a la comunidad el diez por ciento de la producción. Luego, una muchacha que ya no vive en el pueblo, pero que tiene su pedacito de tierra allí, puso a trabajar una retro en su tierra, es decir, entre la cancha de fútbol y el pueblo: ‘allí es que dejaron ese hueco que es criadero de zancudos. Además, vino gente de otro lado a trabajar la mina aquí [...]’. Aquí al dueño del terreno le dan el 16 por ciento de la producción, mientras que en otros lugares puede llegar hasta el 18 o el 20 por ciento. Los acuerdos negociados entre habitantes y retreros, muchas veces quedan incumplidos. En otras ocasiones, los locales se ven obligados a permitir el acceso de las retroexcavadoras a sus tierras. En la mayoría de los casos las negociaciones se hacen de manera individual, desconociendo las autoridades étnicas” (Howald, 2015, pp. 3-8).

Asimismo, las tensiones a nivel interno se derivan de los actos de disposición de algunos de los órganos de administración que, de conformidad con el Decreto 1745 de 1995, integran un consejo comunitario (junta directiva o del representante legal), quienes en su nombre³⁹⁶, otorgan “avales”³⁹⁷ o permisos de entrada al territorio a personas naturales nacionales y extranjeras para la explotación de recursos naturales en los territorios colectivos³⁹⁸.

³⁹⁶ “La realidad de estas expresiones organizativas de las comunidades negras es amplia y poco homogénea, pues algunos de estos concejos no logran enviar el mensaje de administración colectiva del territorio a sus miembros quienes se van vinculando a la actividad de explotación ilegal de minerales en la cuenca del río San Juan, en algunos casos reconocen los líderes estos comportamientos y se evidencia que los cuartos y funcionarios de un edificio no son el Estado cuando la población vive niveles bajos en el goce efectivo del derecho [...] Narran los diferentes actores entrevistados que miembros de los concejos comunitarios se vinculan al sector de manera informal, ilegal y criminal, esto es un tema generalizado y tiene su raíz precisamente en las condiciones sociales del departamento” (Contraloría General de la República, pp. 83, 99). En la prensa también se han documentado las decisiones de los órganos de administración de los territorios colectivos: “Parte del problema en los bosques y la falta de control sobre la minería ilegal se produce porque las tierras son de los consejos locales de negritudes. Estos ceden los terrenos a los mineros de dragas y retroexcavadoras a cambio de un ‘impuesto’ o porcentaje fijo de su producción mensual. Pero, muchas veces, los mineros o sus representantes llegan a acuerdos con los dueños de la tierra y desconocen a la autoridad local”. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/la-mineria-ilegal-en-el-choco/14361782>], consultada el 24 de mayo de 2016.

³⁹⁷ Retomando trabajos previos (Hinestroza, 2008, p. 334) se trata de un instrumento utilizado por las comunidades negras, que no existe en la legislación nacional actual, expedido por la Junta del Consejo Comunitario, a través del cual se autoriza a una persona natural o jurídica para que entre en su territorio y realice explotación de recursos naturales bajo su inspección y vigilancia sin perjuicio de los trámites, licencias, permisos o autorizaciones que deba otorgar la autoridad ambiental respectiva. Con el otorgamiento del “aval” el consejo comunitario se asegura de que las comunidades negras reciban una compensación por la explotación de sus recursos y de que la explotación se realice garantizando la persistencia del recurso.

³⁹⁸ “Artículo 76. *Reglamento Interno Asocasan*: El Consejo comunitario mayor a través de su junta directiva, tendrá el derecho de concertar y establecer pago de compensaciones sociales a toda entidad pública o privada que intervenga en el territorio colectivo. Como también deberá solicitar permiso de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales inmersos en el territorio colectivo. Parágrafo primero: Con los recursos

El consejo comunitario es, pues, el encargado de la interlocución entre las comunidades asentadas en el territorio y las instituciones, personas jurídicas (empresas, consorcios, asociaciones, universidades y multinacionales) y organizaciones a nivel local, departamental, nacional e internacional; teniendo en cuenta, como lo expresa Gearóid Ó Loingsigh (2013, p. 65) que es la autoridad en las comunidades, otorga permiso para ciertas actividades como la tala de árboles, lo cual ya se describió en el capítulo precedente³⁹⁹.

De esa manera se generan tensiones por una titularidad que es peculiar, porque intenta atribuir elementos conceptuales de derechos colectivos pero también deja presentes elementos del derecho a la propiedad individual desde una visión clásica; así pues, tal como están incorporadas en la legislación especial de las comunidades negras, figuras como el usufructo, se reitera, dejan entrever, por un lado, los clásicos postulados de la propiedad individualista de la legislación civil como derecho real (se permite la venta, la cesión, el arriendo y las transacciones comerciales) frente a elementos conceptuales de derechos colectivos, como la administración del derecho por un consejo, y los límites que la ley establece para la venta como la condición de pertenencia al grupo étnico; con lo cual se estaría protegiendo al grupo en la finalidad de conservar su cultura y su identidad como pueblo.

Con la tensión planteada también se retoma el cuestionamiento respecto de los elementos que han contribuido a la configuración del derecho a la propiedad como un derecho colectivo; es decir, la tensión sirve de tamiz para reflejar el problema ontológico-conceptual señalado por López Calera (2001, p. 43) que rodea a los derechos colectivos; en otras palabras, es útil para cuestionar si por la sola existencia de un consejo comunitario se puede decir que se constituyó, al menos para el derecho a la propiedad, un sujeto colectivo, “cuando su sustancia no es sino una trama de relaciones entre individuos con una estructura

económicos obtenidos por lo establecido en el artículo se apoyará la implementación de los planes de acción del territorio colectivo de ASOCASAN.

³⁹⁹ Así lo consagra el artículo 27 del Reglamento Interno de COCOMACIA.

organizativa” (López Calera, 2001, p. 43), y existen acciones o facultades que pueden ejercitarse de forma individual y una voluntad puede valer por sí sola.

Entonces las tensiones intracomunitarias descritas en párrafos anteriores se pueden agrupar así: 1. Tensiones entre los integrantes del consejo comunitario, que se pueden originar por la delimitación de linderos o por actos de disposición tales como venta y arrendamiento de terrenos, y 2. Tensiones entre los integrantes del consejo y los órganos de administración por los actos de disposición tales como aprovechamiento de recursos naturales, venta y arrendamiento de terrenos.

Un claro ejemplo de esas tensiones se materializa en el arrendamiento de tierras para la explotación de recursos naturales; teniendo en cuenta como lo dice Villa (2014) que en el Pacífico es donde se ubica la mayor parte de los territorios colectivos de las comunidades negras, la economía extractiva⁴⁰⁰ es la que ha moldeado la ocupación del territorio, ha determinado la forma como ocurre el poblamiento y la cotidianidad de los pobladores, sin que tenga una finalidad exclusivamente económica en cuanto a la obtención de dividendos o excedentes de capital, ya que la explotación de los recursos naturales en territorios colectivos desde tiempos históricos hace parte del concepto de propiedad que tienen las comunidades.

Sin embargo, como acto de disposición material individual que con mayor frecuencia se presenta en ejercicio de la propiedad colectiva, el arrendamiento en la actualidad ha variado su origen⁴⁰¹, por lo que es frecuente que las comunidades otorguen a individuos que no

⁴⁰⁰ “El uso tradicional del territorio por parte de la familia afrocolombiana se describe a partir de actividades agrícolas extractivas y/o de recolección. La actividad extractiva o de recolección ha jugado un papel importante en la eficiencia del modelo” (Villa, s.f., p. 32).

⁴⁰¹ Las comunidades, como señala Martínez (2010, p. 19), concebían inicialmente el arrendamiento como otro mecanismo a través del cual personas de otra comunidad pueden acceder a trabajar un lote, siendo más frecuente el alquiler para cultivos transitorios, con el fin de evitar problemas alrededor de la apropiación de terrenos mejorados con cultivos permanentes. En tales arreglos se manejan precios simbólicos, que no reflejan el valor real de la transacción. En particular, para el alquiler de tierras se emplean modalidades como el “pago

hacen parte de la comunidad o del grupo étnico, el derecho a usar sus terrenos y aprovechar los recursos naturales, utilizando esa figura.

Como se ve, el arrendamiento definido en el artículo 1793 del Código Civil colombiano como “Un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”, tiene diferencias con la figura aplicada por las comunidades negras. De esa manera, amparados en la visión del usufructo tradicional, “dar en arriendo” es uno de los actos jurídicos de disposición que una familia o individuo propietario de un terreno en un consejo comunitario de comunidades negras extiende u otorga a un “tercero”⁴⁰² para usar temporalmente su terreno, generalmente para la explotación de recursos naturales.

El arriendo o “alquiler” que realizan las comunidades negras consiste en acuerdos verbales que le permiten a un tercero usar los terrenos y extraer recursos naturales a cambio de una contraprestación entregada a la familia o al individuo propietario del terreno o lote, la cual puede ser en especie o en dinero.

En la mayoría de los casos ese tercero es una persona natural que no pertenece a la comunidad ni al grupo étnico de los afrodescendientes, o una persona jurídica (una empresa privada) que accede a la oportunidad de explotar los recursos naturales del territorio colectivo pero en los espacios asignados u ocupados de forma individual por cada familia o persona, teniendo en cuenta que “todas aquellas tierras que no se reconocen en usufructo a una persona o familia en el mapa de usufructo son de la comunidad, y el beneficio que se obtenga de ellas será para generar bienestar a sus habitantes” (art. 33 Reglamento Interno Consejo Comunitario de Guayabal).

en especie” en proporción al producto obtenido. También es frecuente la cesión o préstamo de tierras por los parientes ausentes.

⁴⁰² Este término es utilizado para referirse a una persona que no hace parte del consejo comunitario y que, en la mayoría de los casos, no es integrante del grupo étnico.

Cuando se arrienda el terreno o el derecho a explotar un permiso ambiental otorgado la contraprestación es pactada por las partes, bien sea en especie o en dinero. Además, con la existencia de los consejos comunitarios, la contraprestación obtenida producto del arriendo puede ser dividida en porcentajes entre la familia o la persona “dueña del terreno” y la Junta del Consejo Comunitario⁴⁰³. Teniendo en cuenta lo anterior, en esta tesis se propone

⁴⁰³ Por ejemplo, Reglamento Interno del Consejo Comunitario de ASOCASAN. “Artículo 69. *De las empresas foráneas*: Toda organización o empresa ajena al territorio colectivo de ASOCASAN, interesada en el aprovechamiento de los recursos naturales del territorio deberá cumplir con: – La participación del Consejo Comunitario en las utilidades con el porcentaje del 50% producto del ejercicio económico de la empresa [...] Artículo 9.º. *Ventas de los terrenos* [...] e. Los territorios no se venderán, sino que se prestarán o se alquilarán a la gente de la misma etnia. En caso de que se llegare a presentar esta posibilidad se deberá tener en cuenta: (Que los precios de arriendo sean concertados entre la junta del Consejo comunitario local y poseedor o usufructuario”;

Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro. “Artículo 125. *De las contribuciones y gravámenes internos*: El Consejo Comunitario del corregimiento de San Isidro, a través de su Junta de Gobierno, previa aprobación de la Asamblea General, tendrá las facultades para establecer las contribuciones de carácter obligatorio para los habitantes del territorio comunitario que desarrollen actividades de aprovechamiento de recursos naturales y/o zonas del territorio colectivo, o para los foráneos que desarrollen o participen de actividades de transformación y/o comercialización de productos. Dichas contribuciones y gravámenes deberán ser utilizados e invertidos en las necesidades de la comunidad”;

Consejo Comunitario de Villaconto. “Artículo 37. *De los recursos mineros* [...] Parágrafo 3. Para el caso que aquí nos compete, la Asamblea define los siguientes requisitos para quien desee explorar y explotar recurso minero en el territorio colectivo: [...] 5. Condiciones para poder realizar exploración y explotación minera en el área del título colectivo del Consejo Mayor de Villaconto. El entable minero que desee entrar a establecer trabajos de minería en este territorio colectivo deberá pagarle en el momento inicial a este Consejo Comunitario una cuota de inscripción por un valor de \$6.000.000 de pesos de moneda corriente. Parágrafo: Una vez el socio de la comunidad sea autorizado para la explotación minera quedará a entregar el 25% de la producción al Consejo Comunitario General y este entregará al Consejo Comunitario Local el 12% del porcentaje recibido”;

Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Gitradó del Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (COCOMACIA). “Artículo 9.º. *Reglamento de la madera*: La persona que haga aprovechamiento de la madera debe darle un porcentaje al consejo comunitario local en dinero o en especie. // Los motosierristas que tengan uso de los recursos maderables deben pagar un

hablar de dos tipos de arrendamiento en virtud del ejercicio del derecho a la propiedad colectiva:

Tabla 9

Clases de arrendamiento en ejercicio del derecho a la propiedad colectiva

| Arrendamiento directo | Arrendamiento indirecto |
|--|--|
| <p>Una familia o individuo le otorga a otro u otros temporalmente, el espacio físico para el uso y aprovechamiento del terreno que es de su propiedad (generalmente para la explotación de minerales) recibiendo a cambio una contraprestación o pago que puede ser en dinero o en especie (p. ej., el propietario o propietarios pueden recibir un porcentaje del total del recurso extraído, la oportunidad para “barequear” y opciones de empleo para los integrantes de su familia; todo depende de los términos del acuerdo que hayan realizado las partes)^{***}.</p> <p>Se constituye con la voluntad del propietario (familia o individuo)</p> | <p>Se trata de un acuerdo con terceros* para explotar un permiso ambiental que en virtud del artículo 24 de la Ley 70 de 1993** es otorgado por el titular o beneficiario un consejo comunitario.</p> <p>Se constituyen “asociaciones con entidades privadas y públicas para la explotación de la autorización otorgada por la autoridad ambiental” (Palomeque e Hinestroza, 2016, p. 299) a través de la extracción del recurso natural o el pago de un porcentaje en dinero a quienes dan el soporte técnico o financiero para los trámites ambientales.</p> <p>Requiere autorización del consejo comunitario para tramitar los permisos de ley****.</p> |
| <p>* La Defensoría del Pueblo (2014, p. 11) señala cómo en el Pacífico la explotación del recurso forestal ha sido realizada mayormente por empresas madereras dedicadas a la producción de chapas y triplex, entre ellas, Maderas del Atrato, Pizano S.A., Aserrío Covadonga, Triplex Pizano, Maderas Riosucio, Maduraba y Maderas del Darién. Compañías que hacían, y en algunos casos hacen, parte de dos grandes emporios económicos con capitales nacionales y extranjeros: el grupo Dago y la compañía Pizano S.A. Se trata de</p> | |

porcentaje al consejo comunitario donde se haga el aprovechamiento de acuerdo a la especie. Y al reglamento interno de la comunidad donde se esté haciendo el aprovechamiento”.

compañías foráneas que controlan sus actividades desde el exterior del territorio que explotan, de forma que las ganancias no se revierten en la zona y, en consecuencia, no generan beneficios para sus pobladores.

** “Artículo 24. La entidad administradora de los recursos naturales renovables reglamentará concertadamente con las comunidades negras el uso colectivo de áreas del bosque a que se refiere la presente ley, para el aprovechamiento forestal persistente. Para efectos del aprovechamiento, el procesamiento o la comercialización de los productos forestales que se obtengan en desarrollo de la concesión forestal, la comunidad concesionaria podrá entrar en asociación con entidades públicas o privadas. El Estado garantizará y facilitará la capacitación de los integrantes de las comunidades concesionarias en las prácticas y técnicas adecuadas para cada etapa del proceso de producción para asegurar el éxito económico y el desarrollo sustentable de los integrantes y de la región. Para todos los efectos de explotación de los recursos forestales que contempla este artículo se priorizarán las propuestas de las gentes comunidades negras de conformidad con el artículo 13 de la Constitución”.

*** Sarmiento, Soto, Urán y Losada (2012) también señalan respecto de estos acuerdos: “Los mineros con retroexcavadora ocasionalmente permiten a los miembros de la comunidad hacer minería de bareque en sus entables. Este acuerdo es impulsado muchas veces por administraciones municipales que han puesto como condición para los mineros mecanizados autorizar la entrada de estas personas, con el fin de generar ingresos económicos y mantener un orden social en la comunidad, a la vez que favorece cierta aceptación de la actividad minera. Por su parte, los Consejos Comunitarios Mayores han intentado llegar a acuerdos con los mineros informales mecanizados basándose en el concepto de una compensación económica por los daños ambientales ocasionados. Sin embargo, esto no se cumple”.

**** Reglamento Interno de ASOCASAN. “Artículo 68. *Disposiciones generales.* El Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan (ASOCASAN) es el propietario del suelo y administrador del territorio ancestralmente poseído. Para el usufructo o aprovechamiento comercial de (todos) los recursos de flora, fauna o minería (y los demás recursos que se encuentren en el territorio), del Consejo Comunitario gestionará los permisos pertinentes ante las instituciones competentes del Estado colombiano. La actividad económica y empresarial en el territorio, estará bajo el control del Consejo Comunitario Mayor (y el local afectado o de interés y estas se planificarán y ejecutarán conforme a las políticas y estrategias formuladas por los dos, con el apoyo de las instancias internas competentes, previos estudios de los impactos ambientales correspondientes. Parágrafo primero: El Consejo Comunitario Mayor, será el único responsable de autorizar por acuerdo, a través de su junta directiva, la entrada en operación de empresas en el territorio con un previo proceso de concertación socializado con las comunidades o consejos locales para su respectiva aprobación o rechazo”; Reglamento Interno de San Isidro: “Artículo 119. Toda actividad que tenga incidencia dentro del territorio o que pretenda incidir en él, por intervención gubernamental o privada, deberá ser sometida a consulta o aprobación por parte del Consejo Comunitario de acuerdo con los mecanismos y disposiciones

previstas en la consulta previa. Artículo 120. Dependiendo del impacto del proyecto obra o actividad, del tiempo de ejecución y su cobertura se establecerán los niveles de consulta. Para proyectos largos que tengan grandes inversiones se deberá contar con la aprobación de la asamblea; proyectos o actividades de menor incidencia serán aprobados por reunión de la junta ampliada con la participación de los delegados”.

Fuente: elaboración propia.

Sintetizando, el arrendamiento del territorio colectivo es una figura que no solo da cuenta de los cambios profundos⁴⁰⁴ que se están generando en la estructura social y económica de las comunidades negras, sino que evidencia el concepto amplio que tienen las comunidades de lo que la legislación nombró como “usufructo”, pero que para las familias e individuos integrantes de los consejos comunitarios, más que un derecho a usar y a percibir unos frutos de una cosa ajena, como es definido en términos clásicos el derecho al usufructo desde la legislación civil, es un verdadero derecho a la propiedad que faculta al propietario a realizar, no obstante la legislación especial de comunidades negras, acuerdos con otros para que exploten el terreno que siempre ha considerado como de su propiedad.

Ahora bien, a raíz de las tensiones descritas en situaciones como el arrendamiento, y en ejercicio de las facultades que le otorga la legislación especial de comunidades negras a los consejos comunitarios (arts. 5.º de la Ley 70 de 1993; 6.º numeral 8, y 11 numeral 12 del Dcto. 1745 de 1995), en cada consejo se recrearon⁴⁰⁵ y elaboraron algunas pautas normativas para dar solución a las tensiones, como se verá en las próximas líneas.

⁴⁰⁴ De acuerdo con Ángel Baquero (2011, p. 31): “En este sentido, el problema planteado por Agier y Hoffman, y ejemplificado por Oslender, pone de presente el hecho de que la Ley 70 no sólo puede ser interpretada como un instrumento legal en defensa de los derechos étnico-territoriales de las comunidades negras, sino también como un recurso idóneo de corporaciones y empresas, que en aras de aprovechar la vulnerabilidad económica de los campesinos pueden llevar a cabo inversiones productivas en espacios rentables, a través de la financiación y cooptación de los respectivos Consejos Comunitarios. En otras palabras, la Ley 70 habilita a los grandes capitales a explotar el territorio sin necesidad de solicitar permisos, ni comprar tierras”.

⁴⁰⁵ Se afirma que se recrearon porque antes de la expedición de la Ley 70 de 1993 las comunidades tenían reglas para resolver sus conflictos. Así lo describe Zulia Mena (1992, p. 4): “[...] En nuestros poblados

4.1.2. El remedio de las tensiones intracomunitarias

Dado que se identificaron dos grupos de tensiones intracomunitarias, en los siguientes párrafos, y a través de la revisión de contenido de documentos (reglamentos internos⁴⁰⁶), se ilustra la forma en que se solucionan las controversias entre los integrantes del consejo comunitario al interior de una comunidad negra (bien sea por la delimitación de linderos⁴⁰⁷ o por actos de disposición como venta y arrendamiento de terrenos) o entre los integrantes del consejo y los órganos de administración interna⁴⁰⁸.

tenemos nuestras propias formas de control y de sanción, asimismo correctivos en la Comunidad, lenguaje y resistencia social, cómo prevenir y solucionar problemas; todos sabemos, aunque no esté escrito qué es lo permitido y qué es lo prohibido (1992, p. 6). Aunque todos respetan lo de cada uno, se han ido definiendo internamente algunas formas de control sobre el territorio de cada tronco familiar para que no se les cojan esos sembrados. Una de estas formas de control son las “paradas” o secretos: cuando una persona entra a un territorio ajeno sin pedir permiso corta los productos con la “parada” que le pone el dueño o algún brujo que él busque, se queda rosándole la finca hasta que acabe todo” (1992, p. 2).

⁴⁰⁶ Con la finalidad de analizar y sistematizar la información se diseñó y diligenció una tabla en la que se organizó la información con base en los siguientes temas: 1. Órgano que resuelve la controversia; 2. Actos sobre los cuales versan las controversias (linderos, arrendamiento, venta, externos), y 3. El procedimiento para resolver la controversia.

⁴⁰⁷ El término linderos es de uso frecuente en el lenguaje de las comunidades negras cuando se trata de demarcar el territorio que es de su propiedad. Para Mosquera (2001, p. cap. II) el lindero es el límite de las propiedades a las cuales se tiene derecho. También es conocido como guardarraya, en el sentido de que es una raya divisoria que separa las propiedades. Estos linderos pueden ser vivos, es decir, aquellos establecidos con árboles y plantas, entre las cuales las más frecuentes son los caimitos, el chontaduro, los nacederos y los linderos naturales, que son aquellos utilizados sin que para su elaboración haya mediado la voluntad del hombre, esto es, ríos, lomas, piedras o charcos, entre otros. Para Zulia Mena (1992, p. 2) los linderos están demarcados por árboles simbólicos; por ejemplo, el nacedero lo componen ramas que retoñan y se confunden con la selva, dispuestas a determinada distancia unos de otros; otro elemento que permite marcar los territorios es la quebrada; el paso entre los terrenos queda libre para uso de la comunidad (no hay cercas) pues en la parte de atrás no hay linderos, sino que todos los terrenos desembocan en el área colectiva [...]”.

⁴⁰⁸ En esta tesis se presenta solamente una ejemplificación de las tensiones que pueden generarse al interior de un consejo comunitario. Otros estudios realizados por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la

Se debe recordar que, con base en el respeto por las normas de derecho propio⁴⁰⁹ reconocido en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, cada consejo comunitario tiene la autonomía para establecer cómo soluciona sus controversias; aún más, para las comunidades negras el mejor medio o camino para resolver sus diferencias es el diálogo antes de asistir a cualquier otra autoridad⁴¹⁰.

De esa manera, en la solución de tensiones intracomunitarias intervienen varias instancias: de un lado, la asamblea general⁴¹¹, que propone mecanismos y estrategias para la solución

Cooperación Internacional a través del Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada (2010, p. 141) identifican conflictos que se suceden en el contexto de los territorios colectivos, así: Conflictos al interior de la comunidad negra o intra-étnicos: 1. Desacuerdo respecto de los límites en los territorios colectivos; 2. Desacuerdo en cuanto a los límites de las áreas familiares; 3. Irrespeto a los límites o mojones establecidos en las áreas familiares; 4. Apropiación de áreas de familias que están ausentes del territorio, como es el caso de las familias desplazadas; 5. Existencia de familias de la comunidad negra con la expectativa de titulación individual; 6. Existencia de títulos individuales dentro del globo del terreno colectivo; 7. Existencia de títulos individuales del globo del territorio colectivo; 8. Explotación inadecuada de recursos naturales; 9. Presencia y expansión de cultivos ilícitos, y 10, Iniciativas individuales de venta de tierras.

⁴⁰⁹ “El reglamento interno es la ley de las comunidades negras del Medio Atrato y tiene el fin de orientar apropiadamente la administración territorial. Este reglamento desarrolla el contenido de los estatutos y recoge las ideas que con relación a estos han aportado los miembros de las comunidades. Por eso es una guía muy importante para administrar el territorio en su conjunto a nivel local” (Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 170).

⁴¹⁰ Como ejemplo el artículo 1.º del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Villacontó, el artículo 2.º del Reglamento Interno del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA), o el artículo 11, Principio Diálogo y Concertación del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro: “El valor de la palabra es el fundamento de la tradición oral de la comunidad y el diálogo se constituye como la base de las relaciones entre las personas, a partir de las cuales se construyen el compadrazgo, la pertinencia y la colectividad en busca de propósitos comunes y la solución o aclaración de las diferencias o discrepancias que llegaren a presentarse”.

⁴¹¹ Los consejos comunitarios sirven de “mediadores en las controversias y discrepancias que se produzcan entre las Comunidades o sus miembros de su área de influencia. [...] Artículo 6.º. *Objetivos*. Reglamento

de los conflictos de acuerdo con las costumbres tradicionales de las comunidades (art. 6.º num. 8 del Dcto. 1745 de 1995), y cuya función es de autorización e intervención debido a que se encarga en términos generales de aprobar los mecanismos de resolución de conflictos internos y externos, aunque también actúa como última instancia que dirime y expide las decisiones definitivas que son sometidas a su conocimiento⁴¹², y escoge a los conciliadores que integrarán las comisiones que resuelven las diferencias tanto con actores externos como internos⁴¹³; de otro, la junta del consejo comunitario que se encarga de hacer de amigable componedora en los conflictos internos, ejercer funciones de conciliación en equidad y aplicar los métodos de control social propios de su tradición cultural (art. 11 num. 12 Dcto. 1745 de 1995)⁴¹⁴.

Sin embargo, los consejos incorporan otras instancias que reconocen como autoridades en sus comunidades y que son espacios constituidos como órganos plurales en el sentido de

Interno del Consejo Comunitario de ASCOBA. Otro ejemplo es el artículo 48 del Reglamento Interno de ACABA: “*De las funciones de la Asamblea General*. La asamblea general tendrá las siguientes funciones: Proponer mecanismos y estrategias de resolución de conflictos de acuerdo con las costumbres tradicionales de la comunidad. Reglamento Interno COCOMAUPA. “Artículo 17. *Funciones de la Asamblea General del Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana*: Intervenir cuando se presenten conflictos entre las personas y familias de la misma comunidad que no puedan resolver la junta del Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana”.

⁴¹² Reglamento Interno COCOILLO. “*Funciones de la Asamblea General*: Aprobar los mecanismos de resolución de conflictos intra e interétnicos”. Reglamento Interno COCOMAUPA. “Artículo 17. *Funciones Generales del Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana*: Servir de amigable componedor de los conflictos por territorio que no pueda resolver los Consejos Comunitarios Locales”.

⁴¹³ “Funciones de la Asamblea General: [...] 5. Proponer mecanismos y estrategias de resoluciones de conflictos de acuerdo a su derecho propio [...] 11. Escoger a los conciliadores que serán la comisión para el tratamiento de las diferencias intra e interétnicas”.

⁴¹⁴ Nótese que ni la legislación especial de comunidades negras ni las normas de derecho propio otorgan al representante legal del Consejo funciones específicas para la solución de controversias internas, a pesar de que los representantes legales presentan ante las autoridades las solicitudes y permisos para el aprovechamiento, exploración o explotación con fines comerciales de recursos naturales.

que están conformados por varios integrantes que deben cumplir con requisitos que en el sistema normativo tradicional no se exigen, por ejemplo, los miembros de juntas directivas de sociedades comerciales o los servidores públicos (mínimo de edad, valores étnicos, espirituales y sociales⁴¹⁵); esos órganos son el consejo de mayores o comité de ancianos⁴¹⁶, los comités⁴¹⁷, los equipos⁴¹⁸, las comisiones de trabajo⁴¹⁹, las juntas de consejos

⁴¹⁵ Por ejemplo, el artículo 63 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro establece: “Para ser parte del Consejo de Mayores las personas deberán acreditar los siguientes requisitos: 1. Ser representativa de los valores étnicos, espirituales y sociales que caracterizan a la comunidad negra, tales como ser prudente, correcta, sabia, justa y equitativa. 2. Ser portador y ejercer o haber ejercido durante gran parte de su vida el oficio o conocimiento del cual se acredita ‘curandero, cazador, partera, pescador, rezandero, agricultor, minero, entre otras’, ser mayor de 50 años, 4. No haber incurrido en faltas graves contra la comunidad, sus miembros y sus instituciones en los últimos 5 años, salvo aquellas que por su gravedad la asamblea considere como impedimento permanente”.

⁴¹⁶ Reglamento Interno del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA). “Artículo 42. *Del consejo de mayores*. Es la máxima autoridad cultural y espiritual tradicional del Consejo Comunitario, lo integran los sabedores representativos de cada una de las actividades espirituales, sociales y culturales que caracterizan a la comunidad negra del área de influencia del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus Afluentes (ACABA). El Consejo de Mayores estará constituido por un número impar de personas y no podrá estar integrado por menos de 3 o más de 7 personas. // El comité de ancianos por ejemplo debe estar integrado por personas que tengan mínimo 50 años”.

⁴¹⁷ Consejo Comunitario de San Isidro. “Artículo 85, los Comités Sectoriales para el etnodesarrollo son instancias especializadas para la gestión de políticas y planes socioeconómicos determinando por la Junta de Gobierno. Su responsabilidad es técnica y operativa. En cada Comité se tendrá la participación de uno o más miembros de la Junta de Gobierno”. De igual manera el Consejo Comunitario COCOMACIA establece: “Los comités zonales son órganos de coordinación, acompañamiento y fortalecimiento de las zonas y los consejos comunitarios locales. Igualmente son un espacio de reflexión y evaluación de las zonas que sirven como intermediarios entre la junta directiva y los consejos comunitarios locales. Los comités zonales además de lo establecido en los estatutos generales de COCOMACIA y sus propios reglamentos internos”.

⁴¹⁸ Reglamento Interno del Consejo de ACABA. “Artículo 51 [...] Parágrafo. La Junta Directiva del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus afluentes ACABA, además de lo contenido en el Decreto 1745 de

comunitarios locales⁴²⁰, los consejos comunitarios zonales, las juntas veredales y los departamentos⁴²¹.

Verbigracia, algunos consejos crearon la figura del “Consejo de Mayores”⁴²² que no solo aconseja y acompaña a otras autoridades al interior de un consejo comunitario (junta del

1995, tiene potestad para crear equipos, comisiones y/o delegaciones de trabajo comunitario, ya sea transitoria o permanentemente, de acuerdo con la necesidad existente”.

⁴¹⁹ Por ejemplo, en el Consejo Comunitario COCOMACIA existen comisiones permanentes de trabajo conformadas por delegados de cada una de las zonas del área de influencia creadas para lograr un buen funcionamiento en las actividades organizativas y responder a los diferentes retos, por ejemplo, las comisiones de Territorio y Autonomía, de Relaciones Interétnicas, de Desarrollo Rural y Ambiental y de Etnoeducación, entre otras (COCOMACIA, Red de Solidaridad Social, 2002, p. 157).

⁴²⁰ “Artículo 56. *De las Juntas de los Consejos Comunitarios locales*: Son organismos representativos de Gobierno del Consejo Comunitario a nivel local y estarán integrados por personas líderes elegidos por la comunidad, en un número no inferior a 8 ni mayor de 9. Se deberán acreditar las mismas calidades definidas para ser integrantes de la Junta Directiva y de Gobierno y Representante Legal del Consejo Comunitario General del río Baudó y sus afluentes ACABA. Artículo 57. En cada comunidad se conformará una Junta Local que será la representación administrativa del consejo comunitario local en dicha comunidad y contará con 8 miembros, con las siguientes funciones: Un Presidente (a) quien hace las veces de representante legal de esa comunidad, un vicepresidente, un secretario, un Tesorero, un vocal y tres coordinadores de comisiones de trabajo”. Consejo Comunitario Los Delfines: “Las juntas de los consejos comunitarios locales para su funcionamiento deben contar preferiblemente con una sede en cada comunidad, los socios deben hacer sus aportes, del gobierno económico debe haber un porcentaje para el funcionamiento”.

⁴²¹ Reglamento Interno de COCOILLO: “[...] 7.9. El Consejo Comunitario está conformado de la siguiente manera: 1. Asamblea General, 2. Junta Directiva. 3. Representante Legal, 4. Departamento Administrativo Contable, 5. Departamento Territorial, 6. Departamento de Gestión de Proyecto, 7. Departamento Étnico Social”.

⁴²² “Artículo 44. *Competencia del Consejo de Mayores*: Es el órgano encargado de asesorar a las demás autoridades en el propósito de recuperar y ampliar el sistema de justicia propia, aplicar los mecanismos alternativos y ampliar el sistema de justicia de conflictos, dirimir las diferencias entre las autoridades e instancias del Consejo Comunitario y la intermediación para la resolución pacífica de los conflictos internos que se presenten en el territorio colectivo”.

consejo y representante legal), sino que, además, “aplica los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dirime las diferencias entre las autoridades e instancias del Consejo Comunitario y la intermediación para la resolución pacífica de los conflictos internos” (art. 64 Reglamento Interno de San Isidro)⁴²³, como base fundamental para dirimir conflictos; asimismo, “son la biblioteca andante, tienen la claridad del territorio, saben a quién le pertenece, así no esté en la comunidad y respetan la ancestralidad”⁴²⁴.

De esa manera, el procedimiento utilizado cuando se presentan controversias internas integra varios mecanismos, a saber:

1. *La concertación entre los miembros*. Consiste en llegar a un acuerdo verbal directamente entre integrantes de un consejo que tienen diferencias, bien sea por entrar a un terreno ajeno o por linderos⁴²⁵. Entonces, las tensiones que se presenten entre miembros del consejo comunitario se resuelven en varias etapas: en una primera las familias o personas involucradas de forma verbal pueden llegar a un acuerdo; si no se llega al acuerdo involucran a la junta del consejo local⁴²⁶ que, consultando sus tradiciones (a las personas

⁴²³ Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro. “Artículo 65: Además de las anteriores, el Consejo de Mayores tendrá como funciones: a. Representar a la comunidad como autoridad cultural y espiritual en los espacios de interlocución, concentración y diálogo con otros actores sociales y organismos de los sectores públicos y privados. b.) Acompañar al representante legal y a los delegados de la junta o Comités Sectoriales de trabajo en los espacios de diálogo donde se definen o toman decisiones que afecten a la comunidad en temas relacionados con la cultura tradicional, la justicia y el orden público: c.) Servir de consejero y autoridad en la aplicación del Reglamento Interno, de manera especial en el programa de justicia, convivencia y relacionamiento con actores externos. d.) Las demás que le autorice la Asamblea general y se puedan derivar de su conocimiento como autoridad cultural y espiritual”.

⁴²⁴ Conceptualización del Asesor Jurídico de ACABA. 9 de marzo de 2017.

⁴²⁵ Por ejemplo, el Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Los Delfines que atribuye a la Junta del consejo comunitario local la función de “Establecer los linderos de común acuerdo con los colindantes”.

⁴²⁶ Las juntas de los consejos comunitarios locales “conocen la problemática de su comunidad y velan por su solución efectiva en coordinación con los demás órganos del consejo comunitario” (art. 58, Reglamento

mayores de la comunidad) y lo expuesto por las partes, resuelve la situación; si esta vez tampoco se llega a un acuerdo, se acude a la junta del consejo comunitario mayor la cual decide en última instancia con base en las facultades otorgadas por la Asamblea General⁴²⁷.

Interno Consejo Comunitario ACABA). También expiden reglamentos internos, pero “deben tener en cuenta y sujetarse al reglamento general” (Reglamento Interno del Consejo Comunitario COCOMACIA. *Aspectos generales*), y autorizan en primera medida, todo tipo de negociación que realicen para uso del territorio y aprovechamiento de sus recursos naturales, aunque deben ser autorizados por la Junta del Consejo Comunitario Mayor que debe procurar la resolución de los conflictos. Las juntas del consejo comunitario, comenzando por las juntas locales, hacen de amigable componedor en los conflictos internos. A manera de ilustración tomemos el Reglamento Interno de Villacontó. “Artículo 65. En cada consejo comunitario local se conformará una Junta directiva que será la encargada de la administración del territorio local en dicha comunidad, pero recibiendo los lineamientos de la junta directiva mayor, ya que es esta la que posee el título de propiedad de todo el territorio. Parágrafo: Las juntas locales, deberán adoptar un reglamento de reunión y funcionamiento que deberá ser compatible con el de la junta mayor en lo que sea de su competencia”. Reglamento Interno ASOCASAN. “Artículo 31. *Los Consejos Locales*. Son la forma organizativa interna que agrupa una o varias comunidades de las existentes en el territorio colectivo de ASOCASAN, que comparten, habitan y defienden un espacio territorial, lazos familiares, históricos y culturales. Cada consejo local elegirá una junta directiva que estará conformada con un número no mayor de 5 representantes elegidos en Asamblea Local para un período de tres años y los elegidos por cada comunidad conformarán la Asamblea General del Consejo Mayor de ASOCASAN”. Reglamento Interno del Consejo Comunitario COCOMACIA. “Artículo 58. Aspectos generales: [...] 9. Los consejos comunitarios locales y las zonas no podrán adelantar ningún tipo de negociación sin el consentimiento y aprobación de la junta del consejo comunitario mayor para que exista coherencia organizativa, mantener la unidad interna y procurar la implementación del plan de etnodesarrollo”. Consejo Comunitario Mayor del Consejo Comunitario COCOMAUPA. “Artículo 17. *Funciones Generales de la Junta*: Servir de amigable componedor de los conflictos por territorio que no pueda resolver los Consejos Comunitarios locales”. Junta del Consejo Comunitario Local del Consejo Comunitario COCOMAUPA. “Artículo 16. *Funciones de la Junta del Consejo Comunitario Local*: Hacer de amigables componedor en los conflictos internos”.

⁴²⁷ A manera de ejemplo, Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Villacontó. “Artículo 40. *De la definición de los linderos*: Para definir un lindero que se encuentre en conflicto entre dos o más miembros del Consejo Comunitario, una de las partes en conflicto, o las dos a la vez, deberá pasarle una solicitud por escrito a la Junta del Consejo Comunitario, si este está en capacidad de solucionar el conflicto, lo hará, si considera no ser de su competencia por considerarse un conflicto de mayor magnitud esta junta del Consejo

2. *La negociación entre los miembros de la junta directiva y la persona o personas y empresas⁴²⁸ que deseen realizar explotación de recursos minerales con fines comerciales.*

En esa actividad se establecen los porcentajes y/o gravámenes (explicados al hablar de arrendamiento) que se deben pagar por el ingreso al territorio colectivo y por la explotación de sus recursos naturales. Para permitir el ingreso, el consejo comunitario local debe contar previamente con autorización del consejo comunitario mayor⁴²⁹. Además, se debe llegar a un acuerdo no solo con la familia o persona propietaria del terreno sino también con el consejo comunitario, aunque en muchos casos existe “falta de arraigo del Consejo Comunitario como forma de autoridad entre las comunidades” (Martínez, 2005, p. 77).

En todo caso, esa forma de solución de controversias también contribuye a reforzar el planteamiento del capítulo anterior, y en general la hipótesis de la tesis, en cuanto a que se

Comunitario local, enviará un documento de solicitud de resolución de conflicto a la Junta del Consejo Mayor de Villacontó, dicha solicitud de resolución de conflicto a la Junta del Consejo Mayor de Villacontó deberá contener todos los pronunciamientos adelantados por las partes en el conflicto. La Junta Directiva Mayor, deberá citar al despacho de este Consejo Comunitario a las partes en conflicto para conocer del caso expuesto por cada uno de los litigantes, y en su sabiduría determinará la fecha de una inspección si lo amerita. Dependiendo de la mala intencionalidad de alguno de los conflictivos esta junta directiva mayor, es competente para solucionar el conflicto y obligar al mal intencionado a resarcirle los perjuicios causados a su contrincante, y de este no querer respetar las decisiones del Consejo Comunitario”.

⁴²⁸ Para Martínez (2005, p. 75): “Los conflictos en torno a la administración y manejo de los recursos, donde la Ley 70 y la administración de los territorios colectivos ejercida por los consejos comunitarios, son percibidos como un obstáculo al libre aprovechamiento de tales recursos, deviniendo en el incumplimiento de los reglamentos internos por parte de muchas comunidades. Esta situación tiene que ver con la crisis de los sistemas tradicionales de producción en algunos sectores, asociada a la presión demográfica sobre unos recursos cada vez más escasos, así como a las nuevas necesidades y aspiraciones de los pobladores que los han llevado a integrarse de manera creciente a las redes de mercado”.

⁴²⁹ Así se puede ver en el Reglamento Interno del Consejo de COCOMACIA-Gitradó: “[...] 5. El consejo comunitario no podrá adelantar ningún tipo de negociación de orden territorial y explotación de recursos naturales, sin el consentimiento y aprobación de la junta del consejo comunitario mayor de COCOMACIA para que exista coherencia organizativa, mantener la unidad interna y procurar la implementación del plan de etnodesarrollo”.

está en presencia de un derecho sui géneris, dado que en caso de algún conflicto en el usufructo derivado del derecho a la propiedad de la legislación civil interviene en términos generales la jurisdicción ordinaria; acá hay un órgano de gobierno propio y la concertación entre los miembros, o la conciliación (para las comunidades es llegar a un acuerdo), como primera forma de resolver cualquier tensión que se genere, debido a que en el “ámbito de los consejos comunitarios la resolución de conflictos está relacionada con la identificación y aplicación de mecanismos que estén basados en las costumbres y la tradición” (Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, Acción social, 2010, p. 141). Lo anterior es consecuencia de lo que Martínez (2005, p. 71) describe como elementos característicos de las comunidades negras, a saber, el concepto de territorialidad, el derecho consuetudinario y la oralidad⁴³⁰.

Esquematizando esta primera parte, el remedio utilizado por las comunidades para resolver sus tensiones son en primera instancia los acuerdos verbales; si no se llega a un acuerdo entre los miembros, interviene la instancia local que representa al órgano de administración y donde cada consejo comunitario es autónomo para organizar bien sea un comité, un equipo, o el consejo comunitario local; si aún así no se llega a un acuerdo a través de ese órgano local, la junta del consejo comunitario mayor, es la instancia que toma las decisiones finales y los miembros del consejo deben acatarla.

La asignación de funciones al consejo comunitario a través de su junta directiva, ya sea la junta de los consejos locales o la de los consejos mayores, según las decisiones de cada

⁴³⁰ “La territorialidad afrotrateña, que está regida entonces, por las normas y convenciones comunitarias, sobre las cuales se erige un derecho consuetudinario, fundado en el respeto a la propiedad del otro y en la utilización racional de los recursos comunitarios. Tales convenciones descansan en la oralidad, que tradicionalmente, ha regulado las relaciones de propiedad entre esas comunidades. Tanto basada en las mejoras incorporadas a ella, como cualquier otra transacción están medidas por acuerdos verbales que conservan su vigencia durante años, incluso durante varias generaciones. Lo anterior demuestra como entre las comunidades negras la tierra es fundamentalmente un bien de uso; la solidaridad y la cooperación se antepone a cualquier finalidad de lucro. Las transacciones territoriales que en otro tipo de sociedades tienen un carácter eminentemente comercial, aquí constituyen la máxima expresión del favor recíproco”.

comunidad, retrotrae esta tesis al planteamiento inicial del presente trabajo, en cuanto a que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras no puede catalogarse estrictamente como un derecho colectivo, ya que la existencia de los consejos comunitarios muestra que puede surgir el “problema moral por el tema de la responsabilidad colectiva” (López Calera, 2001, p. 43), por lo que la situación de confrontación al interior del consejo, bien sea por las decisiones individuales de sus integrantes o por las decisiones de la estructura administrativa que los representa, dejan entrever que por el solo hecho de ser un grupo no se constituyen en un sujeto colectivo, por lo tanto no todos los derechos que se le han reconocido deben ser estrictamente calificados bajo tal categoría.

Igualmente, la tensión evidencia lo que López Calera (2001, p. 44) denominó el problema ontológico-dialéctico, refiriéndose con ello a la jerarquización de las preferencias de los individuos y los grupos: ¿se deben sacrificar los derechos individuales para beneficiar los derechos colectivos? Eso es lo que intentan resolver los consejos comunitarios a través de sus reglamentos internos estableciendo algunas restricciones como las analizadas en el capítulo precedente. Sin embargo, explica López Calera (2001, p. 44), no hay solución a los problemas ontológicos planteados, ni un concepto definitivo de derecho colectivo.

Las tensiones generadas a raíz del usufructo también reafirman la discusión de los capítulos precedentes en cuanto a que el objeto material del derecho, *per se*, no puede considerarse como un bien colectivo cuando hay actos de disposición individual, y existe la división legal en espacios individuales, familiares y colectivos (art. 7.º Ley 70 de 1993). En consecuencia, se reafirma la consideración de Jáuregui (2001, p. 56) en cuanto a que solo puede hablarse de derechos colectivos cuando se da la existencia simultánea de ambas condiciones (que el titular del derecho sea una comunidad y que el objeto sea un bien colectivo).

Nótese que en la reglamentación del derecho en estudio se creó una figura con una mixtura de elementos de una y otra categoría de derechos, que encuentra su mejor descripción en las tensiones descritas en los párrafos anteriores, puesto que la confrontación entre los miembros del consejo depende de decisiones individuales frente a la destinación y

disposición del “usufructo”; es más, se dejó abierta la facultad de realizar lo que Martínez (2010, p. 29) denominó “distintas transacciones territoriales”, las cuales tienen lugar entre los miembros de una comunidad (donación, herencia, compra, alquiler y préstamo) que, como se ilustró, bien pueden ser actos de disposición jurídica de áreas individuales o de destinación que se da a las áreas comunitarias y colectivas (cuando lo hacen los órganos de dirección y administración del consejo), recordando el mito de la colectividad que desde la legislación se creó para que surgiera a la vida jurídica una figura impuesta por la normatividad como son los consejos comunitarios.

Por consiguiente, no se puede conceptualizar estrictamente el derecho a la propiedad colectiva como un derecho colectivo, ya que las decisiones no son tomadas por la totalidad del grupo, sino que también hay decisiones individuales, y antecedentes históricos de apropiación individual del territorio y sus recursos, que han sido revelados en páginas anteriores⁴³¹.

Después de estas anotaciones vale la pena señalar que evidentemente en la reglamentación de un derecho, catalogado y defendido como un derecho colectivo, se dejaron elementos trascendentales (como la individualidad⁴³²) que redefinen su conceptualización.

⁴³¹ Martínez (2010, p. 29) señala: “‘La gente sigue diciendo que esto es mío’: interpretaciones locales de la Ley 70 de 1993. Pero la preferencia por las prácticas individuales y familiares de apropiación territorial no es exclusiva de los peregrinos, sino que estas también se encuentran profundamente arraigadas entre quienes residen en las comunidades. En este sentido, Aureliano refería el caso de algunas personas que frente a la dilatación en la entrega del título colectivo han empezado a manifestar su interés en titular sus predios de manera individual lo cual no es viable teniendo en cuenta que estas personas tuvieron que haber expresado su desacuerdo frente a la inclusión de sus predios en el territorio colectivo en el momento en el que se presentó la solicitud de titulación”.

⁴³² Por ejemplo el profesor e historiador Rafael Perea (1994, p. 15) señala: “Quibdó crece a partir de un fenómeno y es que en 1852 quedó abolida la esclavitud, entonces los esclavos del occidente del país se dan cita en el Chocó, porque era el territorio despoblado, era la manera de ser libres y eso hasta hoy marca un fenómeno entre nosotros; como llegan de diversos sitios esta población es extremadamente individualista; se unía para la muerte y para la alegría; en el medio no se unen porque no se conocen. Como recientemente eran

No es objeto de esta tesis cuestionar o defender la Ley 70 de 1993, y menos señalar de inadecuada la existencia de la individualidad y de las facultades de disposición material porque corresponden con sistemas históricos de apropiación y ocupación del territorio de un grupo étnico, sino abrir el panorama de análisis respecto de la conceptualización del derecho, porque los elementos que se han denominado individuales a lo largo de estas líneas siempre han existido al interior de las comunidades negras⁴³³.

Esquemmatizando, las tensiones intracomunitarias demuestran las implicaciones de una titularidad peculiar que nace con el derecho (por corresponder a una tradición de apropiación histórica) y tiene efectos en su ejercicio.

4.2. Tensiones extracomunitarias

El término se refiere a las controversias que se presentan con actores que no son titulares del derecho a la propiedad colectiva, que no hacen parte o no son integrantes de un consejo comunitario, que pueden ser autoridades públicas (autoridades ambientales o entidades territoriales como los municipios), agentes privados (propietarios o poseedores particulares) o actores étnicos como las comunidades indígenas.

Así pues, las líneas finales del presente capítulo se concentran en mostrar algunas situaciones que sumadas a las tensiones intracomunitarias ayudan a reforzar la hipótesis de que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades es una categoría especial, sui generis; de allí que las circunstancias que se dan entre los consejos comunitarios y los

libres cada quien busca su parcelita y se establece. Se reproduce la poligamia en el Chocó, lo cual funciona normalmente hasta la llegada de la curia”.

⁴³³ Verbigracia, el estudio realizado por el Ministerio de Justicia y el Derecho (1995, p. 10) dos años después de la expedición de la Ley 70 de 1993, en donde se analiza el pensamiento de los habitantes encuestados de la región Pacífica en los siguientes términos: “Los habitantes de la región aspiran al reconocimiento individual de la propiedad que poseen y de la cual obtienen su sustento. Consideran que la titulación colectiva, dada la inajenabilidad de la propiedad que le es inherente, los sustrae del desarrollo nacional y les impide su crecimiento económico individual, pues limita el acceso a los sistemas de crédito para mejorar sus condiciones de vida”.

actores externos reflejan la tendencia a encuadrar el derecho a la propiedad colectiva en una u otra categoría de derecho, o a asimilarlo con el derecho reconocido a las comunidades indígenas, lo que, en últimas, incide en la comprensión del derecho y en el diseño de políticas y programas estatales.

En consecuencia, aquí se abordan situaciones específicas: las que se presentan entre consejos comunitarios y municipios en temas de ordenamiento territorial, o entre consejos comunitarios y corporaciones autónomas regionales, o entre consejos comunitarios y propietarios privados que quedaron incluidos en el título colectivo.

4.2.1. Tensiones entre consejos comunitarios y municipios

Con la expedición de la Ley 70 de 1993 (art. 6.º) las áreas urbanas fueron excluidas de los títulos mediante los cuales se reconoció el derecho a la propiedad colectiva, de forma que el derecho colectivo solo puede ejercitarse en las áreas rurales⁴³⁴ que cumplan con las condiciones definidas en dicha ley⁴³⁵; pero sucede que tales áreas continúan siendo parte de un municipio.

⁴³⁴ De acuerdo con las explicaciones de Zulía Mena, integrante de la Comisión Especial que redactó la Ley 70 de 1993: “Como zona rural se convino que se excluyeran las áreas urbanas de los municipios que estuvieran en esa región. Sin embargo, algunos municipios y a su vez algunos corregimientos tienen características rurales (Yuto, Andagoya, etc.); tienen más habitantes y más viviendas que algunas cabeceras municipales que se excluyeron” (Seminario Ley 70 de 1993, Políticas Nacionales para el Pacífico colombiano, Pereira, 16, 17 y 18 de 1993. Además, muchos territorios colectivos adjudicados a las comunidades negras comprenden o dejaron a otros municipios sin territorio, debido a que, primero se adjudicaron los territorios colectivos y luego se constituyeron los municipios como se verá más adelante.

⁴³⁵ Ley 70 de 1993. “Artículo 2.º [...] 3. *Zonas rurales ribereñas*. Son los terrenos aledaños a las riberas de los ríos señalados en el numeral anterior que están por fuera de los perímetros urbanos definidos por los Concejos Municipales de los municipios del área en consideración, de acuerdo con lo dispuesto en el Código del Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) y en las normas que lo adicionen, desarrollen o reformen y en las cuales se encuentre asentada la respectiva comunidad [...] Artículo 4.º. El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas

Los municipios⁴³⁶ son “entidades de carácter público reconocidas por la Constitución y gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley” (Ministerio del Interior, Dirección General de Comunidades Negras, 2001, p. 9).

Por su parte los consejos comunitarios creados por la Ley 70 de 1993 y reglamentados por el Decreto 1745 de 1995 como la “instancia que materializa el derecho de las comunidades negras” (Procomún, s.f., p. 10), respecto de los cuales se debe reconocer, al igual que lo han hecho otros estudios⁴³⁷ (Ministerio del Medio Ambiente, Instituto Geográfico Agustín

de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1o. de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción”.

⁴³⁶ Desde el proceso de discusión de la Comisión especial que presentó el proyecto de ley que luego se convertiría en la Ley 70 de 1993, se cuestionó el papel de los municipios en su relacionamiento con las comunidades negras, así: “La doctora Otilia Dueñas afirmó la necesidad de involucrar en este proceso a las autoridades municipales competentes, a lo que respondió el comisionado Carlos Rosero que en el Valle se trataron de involucrar a siete alcaldes municipales, sin que hubiera habido mayor interés de su parte. Así mismo Mónica Restrepo contó cómo en la instalación de la Comisión Consultiva del Chocó, a la cual asistió como delegada del Ministerio de Gobierno, ni el alcalde de Quibdó, ni el gobernador, ni los concejales asistieron no obstante haber sido formalmente invitados, y ni siquiera enviaron delegados, lo cual indica que ha habido interés de las organizaciones populares por contar con este apoyo, pero no ha habido una respuesta muy clara de las autoridades”. Actas de Discusión de la Comisión Especial para las Comunidades Negras, 13 de agosto de 1992.

⁴³⁷ Carlos Efrén Agudelo (2005, pp. 195, 196) explica: “Con la reglamentación correspondiente y la conformación de los comités regionales se inicia el proceso de organización de los consejos comunitarios, definidos como la instancia desde la cual se jalonará el proceso de demanda de titulación colectiva y el posterior manejo de los territorios una vez en manos de las comunidades. También se presentan casos en que el estímulo a la conformación de los consejos comunitarios proviene del Estado, a través del INCORA, el cual ha habilitado asesorías para la conformación de los mismos no emanadas de la dinámica de los Comités Regionales. Se trata de activistas originarios del Pacífico pero que no habían participado hasta el momento en el proceso de construcción de la Ley sobre titulación colectiva y su desarrollo posterior”. Por su parte Daniel Ruiz (2011, p. 170) expone el proceso para la creación de los Consejos Comunitarios así: “La creación de los consejos comunitarios como nueva instancia política de representación para los habitantes de los entonces titulados territorios colectivos [...] las organizaciones campesinas se constituyeron como organizaciones de

Codazzi, Proyecto Zonificación Ecológica de la Región Pacífica, 1999, p. 35), que son una figura novedosa⁴³⁸ en la forma de apropiación territorial de las comunidades negras y “que se constituyen en la instancia de gestión administrativa de los territorios colectivos” (Agudelo, 2005, p. 189).

Tanto a los consejos comunitarios como a los municipios⁴³⁹ la ley les otorga facultades para administrar los territorios colectivos, reglamentar los usos del suelo, proteger el medio ambiente, planificar el desarrollo y solucionar los conflictos, tal como se ilustra en la siguiente tabla comparativa:

comunidades negras. Estos consejos recogieron el legado organizado de las Juntas de Acción Comunal, investidos ahora como autoridades tradicionales de las comunidades negras”.

⁴³⁸ Como se explicó en capítulos precedentes, durante las discusiones de la Comisión que redactó la Ley 70 de 1993 respecto de la inclusión y denominación de esta figura, las comunidades negras presentaron como propuesta la figura de los Palenques. De acuerdo con Zulia Mena, “Nosotros además buscábamos que se hiciera un reconocimiento a las autoridades tradicionales de las comunidades negras y propusimos que esta figura fuera representada por los palenques, dado el contenido histórico de los mismos. Este reconocimiento no fue posible y se propuso conformar los Consejos Comunitarios, pero para nosotros esos Consejos serán espacios donde no solamente se solicite la titulación, sino que tengan injerencia real en los asuntos de las comunidades y los planes de desarrollo”. El tratadista Orlando Fals Borda, Secretario General de la Comisión de Ordenamiento Territorial, en un memorándum dirigido a la Doctora Ángela Andrade, Secretaria Técnica de la Comisión Especial para desarrollo del artículo 55 transitorio, señalaba: “Esta figura de los palenques me gusta porque es una recuperación cultural de la dignidad histórica de nuestras agrupaciones; pero creo que debe explicitarse y colocarse en un marco legal. Por ejemplo un palenque, aunque con dirección propia, puede asimilarse a una vereda o caserío cuya combinación da origen a corregimientos o municipios con sus respectivas autoridades formales, adquiriendo en esta forma derechos al situado fiscal y otras ventajas nacionales” (Revista *América Negra*, 6, 1993, p. 223).

⁴³⁹ De ahí que Villa (1996, p. 82) explica que en los años iniciales de la Ley 70 de 1993, tanto en los talleres que realizaban con comunidades como en las entrevistas individuales, se expresaron serias confusiones en torno a las posibles duplicaciones de funciones entre los entes administradores de la vida municipal y los futuros consejos comunitarios. Sin embargo, no existe una duplicidad de funciones sino una necesidad de coordinación para satisfacer las necesidades de habitantes que tienen una doble condición, esto es, son miembros de consejos comunitarios y a la vez habitantes de un municipio.

Tabla 10

Funciones de los consejos comunitarios y los municipios

| Funciones | Consejos comunitarios | Entes territoriales municipios |
|-----------------------------------|---|---|
| Administrativas y/o de planeación | <ul style="list-style-type: none"> – “[...] como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad” (art. 3.º Dcto. 1745 de 1995). – “Aprobar o improbar los planes de desarrollo económico, social y cultural que formule la Junta del Consejo Comunitario” (art. 6.º num. 5. Dcto. 1745 de 1995). – “Presentar, concertar, ejecutar y hacer seguimiento a proyectos y programas con entidades públicas y privadas para el desarrollo económico, social y cultural de su comunidad” (art. 11 num. 12. Dcto. 1745 de 1995), – “Presentar y gestionar planes de desarrollo para su comunidad, previa autorización de la Asamblea General del Consejo Comunitario” (art. 11 num. 7 Dcto. 1745 de 1995). | <p>“Planificar el desarrollo económico, social y ambiental de conformidad con la Ley en coordinación con otras entidades” (art. 315 de la C.P. de 1991).</p> <p>Como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde ordenar el desarrollo de su territorio.</p> |
| Protección del medio ambiente | <ul style="list-style-type: none"> – “Administrar, con base en el reglamento y las normas vigentes, el uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales”. – “Velar por el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales de conformidad con la legislación ambiental y las prácticas tradicionales de producción y demás que garanticen el manejo sustentable de los recursos naturales” (art. 6.º num. 11 Dcto. 1745 de 1995). – “Administrar, con base en el reglamento y las normas vigentes, el uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, y | <p>Velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del medio ambiente de conformidad con la ley.</p> |

| | | |
|----------------------------------|---|--|
| | concertar la investigación en las Tierras de las Comunidades Negras” (art. 11 num. 10 Dcto. 1745 de 1995). | |
| Solución de conflictos | <ul style="list-style-type: none"> – “Proponer mecanismos y estrategias de resolución de conflictos de acuerdo con las costumbres tradicionales de la comunidad” (art. 6.º num. 8 Dcto. 1745 de 1995). – “Hacer de amigables componedores en los conflictos internos, ejercer funciones de conciliación en equidad y aplicar los métodos de control social propios de su tradición cultural” (art. 11 num. 12 Dcto. 1745 de 1995). | A través de las Inspecciones de Policía conocen de las controversias de conformidad con las disposiciones nacionales de policía. |
| Reglamentación de usos del suelo | <ul style="list-style-type: none"> – “Aprobar el reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones previstas en el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad” (art. 6.º num. 4 Dcto. 1745 de 1995). – “Aprobar la delimitación de las Tierras de las Comunidades Negras que serán solicitadas en propiedad colectiva, con base en la propuesta formulada por la Junta del Consejo Comunitario” (art. 6.º num. 7 Dcto. 1745 de 1995). – “Presentar y gestionar planes de desarrollo para su comunidad, previa autorización de la Asamblea General del Consejo Comunitario” (art. 11 num. 7 Dcto. 1745 de 1995). | Al Concejo Municipal le corresponde “[...] reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda” (art. 313 de la C.P de 1991, num. 7). |
| Cumplimiento de la ley | – “Reglamentar y velar por la aplicación de normas del sistema de derecho propio de las comunidades negras” (art. 6.º numeral 9 del Dcto. 1745 de 1995). | Al alcalde le corresponde “Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo” (art. 315 num. 1 de la C.P. de 1991). |

Fuente: adaptación del cuadro elaborado por el Ministerio del Interior, Dirección General de Comunidades Negras, 2001, pp. 12-17.

Como se puede ver en la tabla precedente, hay muchos temas que exigen la coordinación entre municipios y consejos comunitarios, y que, además, demuestran las particularidades del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras que demanda exigencias y procedimientos que no se requieren para propietarios privados. Uno de los casos en que mejor se reflejan las tensiones generadas por el derecho a la propiedad colectiva es el ordenamiento territorial⁴⁴⁰, teniendo en cuenta que un municipio “debe ser planeado como un conjunto y no, lo urbano por un lado y lo rural por el otro” (Gómez, 2010 p. 111).

En efecto, las tensiones entre municipios y consejos comunitarios se visualizan en temas como el ordenamiento del territorio debido a que de un lado están los consejos comunitarios, considerados según la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 como la máxima autoridad de administración interna, y de otro, pero en el mismo espacio territorial, los municipios, que según la Constitución (art. 311) son la entidad fundamental de la división político administrativa del Estado y les corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Como entidad territorial, al municipio le corresponde (Ley 388 de 1997) ordenar lo que lo integra, esto es, el área urbana y rural, pero resulta que el área rural de algunos municipios es propiedad de las comunidades negras y, tal como lo señaló Gómez (2010, p. 111), estas

⁴⁴⁰ De conformidad con el artículo 5.º de la Ley 388 de 1997, el ordenamiento del territorio se concibe como un “... conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física, concertadas y emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales”.

“simplemente tiene un título de propiedad, pero no manejan presupuesto, no realizan obras de infraestructura, no dotan los corregimientos y veredas con equipamientos comunales”.

Aún más, como indica el artículo 8.º de la Ley 388 de 1997, los municipios deben realizar acciones urbanísticas⁴⁴¹, las cuales son analizadas con lupa cuando se trata de los consejos comunitarios; incluso hay algunas que no se pueden realizar por las características estudiadas en el capítulo segundo de esta tesis, como la inalienabilidad y la inembargabilidad, por ejemplo la acción de “Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley”. Lo anterior, porque por su carácter especial, una vez reconocido el derecho a la propiedad colectiva no puede ser desconocido o limitado, y la expropiación es una figura que no aplica, pues no se puede perder el derecho una vez es adquirido, ni siquiera por motivos de utilidad pública e interés social⁴⁴².

Aunque amparados en el concepto de utilidad pública e interés social, en especial para construir centros educativos, centros de salud, proyectos de viviendas de interés social, los

⁴⁴¹ “Artículo 8.º. *Acción urbanística*. La función pública del ordenamiento del territorio local se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras: 1. Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. 2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos. 3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas. públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. Entre otras [...]”.

⁴⁴² Por ejemplo, si la alcaldía pretende construir una escuela en un territorio de comunidades negras, como la propiedad la tiene el consejo comunitario, en la práctica este suscribe con aquella usufructos a título gratuito y a perpetuidad.

consejos comunitarios utilicen en la práctica la figura del “usufructo a perpetuidad⁴⁴³”, que no está contemplado en la legislación civil ni suficientemente desarrollado en los reglamentos internos, para intentar dar solución a una situación que demuestra la naturaleza sui generis del derecho en estudio, como se plantea en esta tesis.

Entonces, la tensión se presenta porque tanto la autoridad pública⁴⁴⁴ como la de gobierno propio, que no es una autoridad pública, tienen el reconocimiento y el deber legal de

⁴⁴³ Aunque, amparados en la ancestralidad, algunos consejos comunitarios del departamento del Chocó consideran que el usufructo que otorgan a las alcaldías para adelantar proyectos de intereses públicos es diferente a la legislación civil, siguen guiándose por las pautas de la legislación civil clásica y constituyen, como se ejemplificó en el capítulo tercero de esta tesis, usufructos en notarías y registrados en instrumentos públicos, tal como se puede ver en el Folio de Matrícula 184-0008592, números de radicación 491 del 11 de julio de 2007 en la Notaría Única de Tadó código 0314. “Constitución de Usufructo sobre un lote de terreno que mide 6.10 m de frente por 18 metros de fondo, área total 109.8 m² de Asocasan a favor de Jesús Édison Pino del Consejo Comunitario Asocasan”; Anotación 10 del 8 de julio de 2007 número de radicación 554, Escritura número 289 en la Notaría Única, “Constitución de usufructo sobre un lote de terreno que mide 2.000 m² de Asocasan a favor de Pino Collazos Jairo Antonio”; Anotación 11 del 19 del mes de junio de 2008 con radicado 554, escritura 263, “Constitución de usufructo sobre un lote de terreno que mide 270 m² de Asocasan a favor del Pedro Antonio Cardona Ruiz y en el Municipio de Río Quito”. Este tipo de usufructo se ampara en que la resolución de adjudicación es a perpetuidad por las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, pero implica una extracción de hectáreas que según los consejos pasa a ser parte de la propiedad del municipio para siempre y sobre esta parte la alcaldía puede cobrar impuesto predial (conversación con el Asesor Jurídico de ACABA. 9 de marzo de 2017). Ahora bien, el otorgamiento de usufructo a personas jurídicas en territorios colectivos de comunidades negras no ha sido objeto de estudio por la doctrina, situación que también se constituye en un nicho para futuras investigaciones, porque son muchos los interrogantes que se pueden desprender (p. ej., por cuánto tiempo se otorga el usufructo, qué sucede o de quién es la propiedad de la infraestructura instalada para el funcionamiento de las escuelas, colegios, estaciones de policía, qué sucede si familias o individuos al interior del consejo necesitan las áreas otorgadas; se pueden donar áreas de terreno del territorio colectivo cuando los territorios colectivos tienen características especiales como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, etc.).

⁴⁴⁴ Ley 388 de 1997. “Artículo 7.º. Los municipios y los distritos deberán formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio contemplados en la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo y la presente Ley, reglamentar de manera específica los usos del suelo en las áreas urbanas, de expansión y rurales de acuerdo

ordenar un mismo territorio; sin embargo, las comunidades negras realizan tal función según sus tradiciones y costumbres, y el municipio ejerce su función según los principios constitucionales y la legislación expedida para tal fin en el país (leyes 388 de 1997 y 1454 de 2011). De todas formas, los efectos de las decisiones de ordenamiento tomadas por el municipio se surten también en los territorios colectivos de comunidades negras que se convierten en el área rural de la entidad territorial, y a ambos les corresponde, entonces, reglamentar el uso del suelo.

De esa manera surge el interrogante detonador de una de las tensiones en las relaciones entre municipios y consejos comunitarios: ¿Puede el municipio, teniendo en cuenta que las áreas rurales también son parte de él, ordenar el territorio de propiedad de los consejos comunitarios y administrados por ellos? ¿Si puede hacerlo, bajo qué principios se debe realizar esa función?

Para responder esos interrogantes es necesario tener en cuenta la “plataforma jurídica” (Garcés, 2013, p. 54) del ordenamiento territorial en Colombia, desde la cual los territorios colectivos no han sido excluidos de los municipios sino que, por el contrario, siguen ejerciendo las funciones que constitucionalmente les corresponde, entre ellas, la ordenación del territorio; por lo tanto, no puede suceder lo que ha descrito Gómez (2010, p. 111)⁴⁴⁵ en

con las leyes, optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos”.

⁴⁴⁵ “Es aquí donde entra en conflicto la función de la administración municipal versus la función de los consejos comunitarios. Es inconsistente que una alcaldía planee solo para el casco urbano, un municipio es el área urbana y el área rural. Es inconsistente que no se pueda intervenir en el área rural porque es propiedad de un consejo comunitario que no trabaja por el progreso del corregimiento o vereda. En la visita al corregimiento La Playa en el municipio de Lloró se pudieron observar las condiciones de precariedad en que viven las personas que lo habitan. No tiene servicios públicos, no hay centro de salud, ni siquiera una enfermería, tienen un salón de clase con una profesora para niños de diferentes edades en diferentes niveles de primaria y para hacer más grave el problema está a 20 minutos en lancha del casco urbano. En el plan de etnodesarrollo de COCOMACIA (Consejo Comunitario Mayor de la ACIA). Se esboza una distribución espacial de lo que debería ser el territorio del consejo y de la comunidad negra que lo conforman. Pero no se ha

cuanto a planear solo para el caso urbano olvidando el área rural en que se ubican los consejos comunitarios.

Además, si se observa la descripción de la normatividad que regula la función pública de ordenamiento territorial⁴⁴⁶, se debe tener en cuenta que con excepción de los temas de infraestructura, la finalidad del ordenamiento que deben realizar los municipios y los consejos comunitarios es similar. Entonces, frente a la pregunta planteada para describir esa tensión extracomunitaria, de acuerdo con la legislación expedida en el país, a los municipios les corresponde ordenar los territorios colectivos de las comunidades negras, pero reconociendo e incorporando el ordenamiento realizado por los consejos comunitarios; al menos, este es el deber ser.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el ejercicio del ordenamiento territorial es integral tanto para el área urbana como para la rural y que, además, se recoge en un plan de ordenamiento que debe ser concertado con las organizaciones cívicas y la comunidad, garantizando la aplicación de los principios de participación, diversidad y multietnicidad⁴⁴⁷, y aún más, incorporando una dimensión etnográfica⁴⁴⁸.

llevado a cabo realmente el etnodesarrollo que ellos exponen, debe estar incluido en el desarrollo de todo un municipio”.

⁴⁴⁶ La finalidad del ordenamiento territorial tiene que ver con: “... posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios [...] Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible [...] Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural [...] Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales”.

⁴⁴⁷ “Artículo 3.º. *Principios rectores del ordenamiento territorial*. Son principios del proceso de ordenamiento territorial entre otros los siguientes: 1. Soberanía y unidad nacional. El ordenamiento territorial propiciará la integridad territorial, su seguridad y defensa, y fortalecerá el Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. 2.

De esa forma, la tensión descrita encuentra un aparente remedio con el proceso de coordinación o concertación interinstitucional⁴⁴⁹ y consulta ciudadana que, para el caso de las comunidades negras, se materializa con la participación de sus representantes en el proceso de formulación y adopción del plan de ordenamiento territorial, o en los consejos territoriales de planeación, o en los consejos directivos de las corporaciones autónomas

Autonomía. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley. 3. Descentralización. La distribución de competencias entre la Nación, entidades territoriales y demás esquemas asociativos se realizará trasladando el correspondiente poder de decisión de los órganos centrales del Estado hacia el nivel territorial pertinente, en lo que corresponda, de tal manera que se promueva una mayor capacidad de planeación, gestión y de administración de sus propios intereses, garantizando por parte de la Nación los recursos necesarios para su cumplimiento...”.

⁴⁴⁸ En su investigación sobre “Planificación y estructuración del territorio desde la perspectiva de los sistemas de agua potable y saneamiento básico, las dimensiones ambiental y etnográfica en municipios del departamento del Chocó con territorios colectivos de comunidades negras”, Gómez (2010 p. 77-79) señala: “La planeación participativa es el proceso que se lleva a cabo con las comunidades urbanas y rurales antes de tomar decisiones de intervención sobre el territorio que ellas ocupan; de esta manera se tienen en cuenta los intereses de los diferentes grupos culturales que se derivan de sus tradiciones y hábitos de vida [...] La planeación participativa consiste en que la construcción de desarrollo y la autonomía vayan de la mano. Que las personas de las comunidades negras construyan paralelamente su desarrollo y su autonomía. Para ello es necesario contar con las comunidades negras y sus organizaciones, que asuman sus propios retos y que haya una política del estado que apoye estos procesos de autoconstrucción [...] Hay que reconocer que para que la planificación del territorio sea un proceso dinámico, las relaciones deben ser de doble vía, en el que el grado de participación y la autonomía de las comunidades sean parte fundamental del crecimiento económico de una región”.

⁴⁴⁹ De conformidad con la explicación de la Guía Metodológica expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la etapa de formulación comprende acciones para la valoración, alcances, prediagnóstico, diagnóstico y formulación del plan. En la etapa de concertación se debe realizar la aprobación de las corporaciones autónomas regionales, someter el plan a concepto del Consejo Territorial de Planeación y a consulta democrática.

regionales⁴⁵⁰; no obstante, investigaciones más profundas que desbordarían el propósito de este trabajo, permitirían escudriñar en la realidad de este ejercicio y su suficiencia⁴⁵¹.

Por ahora lo interesante para esta tesis es mostrar que la particularidad de reconocer el derecho a la propiedad colectiva como un derecho administrado por una figura nueva, respecto de cuya naturaleza jurídica no hay claridad, genera una tensión que persiste, no

⁴⁵⁰ Se debe recordar que las comunidades negras tienen representante en el consejo directivo de las corporaciones autónomas regionales y en los consejos territoriales de planeación. Tanto las CAR como los consejos territoriales de planeación municipal son instancias de concertación y consulta del plan, ya que antes de ser sometido al concejo municipal debe pasar por el trámite de concertación, tal como lo dispone el artículo 24 de la Ley 388 de 1997.

⁴⁵¹ Verbigracia, la investigación realizada por Mayeline Gómez Agudelo para optar el título de Magister en Planeación Urbana y Regional de la Pontificia Universidad Javeriana (2010, p. 77) donde señala: “Para fines de inclusión de estas comunidades en la toma de decisiones de ordenamiento territorial en las áreas en que ellos habitan que están integradas a un municipio o región debe formarse un grupo de representantes de ese grupo étnico, que lideren su comunidad y conozcan su territorio. Esto se debe hacer no para informarles de lo que está proyectado sino para que ellos participen en el diagnóstico del estado actual de la región, en la definición de los temas críticos, en el planteamiento de estrategias para superar estos problemas y sobre todo en la discusión de las intervenciones puntuales que se hagan para desarrollar estas estrategias”. En Colombia, la orientación técnico-política del ordenamiento territorial vigente ha avanzado en términos de la definición de sus objetivos, las competencias de las instancias que participan y la asignación de los recursos que les corresponden. Esos avances han sido realizados principalmente por técnicos desde los niveles centrales, con un fuerte enfoque instrumental, donde la participación de las comunidades directamente afectadas y de sus organizaciones, se ha limitado a la recepción de información y manejo de diagnósticos (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2014, p. 10). El ordenamiento se reduce a los procesos de concertación frente a autoridades de administración interna sin poder ni control y además no se avanza en un real “proceso de adecuación institucional y legislativa del Estado que supone la descentralización del poder y el dominio real de tales consejos en el ámbito local” (Martínez, 2005, p. 75). En muchos casos los planes de ordenamiento municipal, apenas mencionan la existencia de territorios colectivos y resguardos en su jurisdicción, ni muchos menos reconocen sus competencias en la definición del ordenamiento interno de sus territorios. Esto sucede incluso en municipios donde la mayor parte de su extensión territorial está titulada bajo la figura del resguardo o tierras colectivas de comunidades negras (Proyecto Protección de tierras y patrimonio de la población desplazada, 2005, p. 97).

obstante la solución diseñada y adecuada por la legislación colombiana que sigue sin contemplar una “consideración especial para aquellos municipios donde la totalidad del territorio o gran parte se corresponde con áreas de apropiación colectiva” (Villa, s.f., p. 6), lo que refuerza la idea de que el ordenamiento es un ejercicio pensado para entidades territoriales⁴⁵² y los consejos comunitarios, pese al derecho a la autonomía y a la consulta previa, no son ni entidades territoriales ni verdaderas autoridades de administración interna⁴⁵³.

Con lo anterior se desconoce, como lo explica Clavijo (2015, p. 37), el establecimiento de nuevas formas de territorialidad y de coogobernabilidad que se dan con el proceso de reconocimiento étnico-territorial conseguido por las “comunidades negras” en Colombia a partir de la década de los años 90 del siglo anterior, que exigen, como lo plantea Carrión (2008, p. 160), un manejo territorial diferente al de otros municipios de vocación más urbana que los que cuentan con comunidades étnicas especiales.

Aún más, de acuerdo con Villa (s.f., 15), la forma de asumir el ordenamiento en el país conlleva que en la práctica los consejos comunitarios, como entes administradores de un territorio, no puedan ejercer un dominio real, y su lugar sean imperceptibles para la

⁴⁵² La concepción municipalista sigue primando después de más de una década de ser promulgadas la Ley 388 de 1997 y la Constitución Política de 1991, y muchos procesos de mayor escala no se han podido desarrollar por la estrecha visión localista, por carecer de visiones territoriales consistentes, y por ausencia de normas sobre la materia, que permitan a municipios y regiones definir sus necesidades y aspiraciones comunes en materia de desarrollo territorial (Carrión, 2008, p. 158). Precisamente, según Martínez (2005, p. 78) uno de los límites del ordenamiento territorial es el concepto de territorio en la Ley 388 de 1997, que tiene que ver con un criterio eminentemente político-administrativo y con un marcado énfasis en la entidad municipal como eje del proceso de ordenamiento territorial, lo que riñe con las referencias espaciales de las comunidades negras.

⁴⁵³ Por ejemplo, las comunidades reclaman como una necesidad la creación de las divisiones territoriales de comunidades negras como verdaderas entidades territoriales. O la creación de las Entidades Territoriales Afrocolombianas (Martínez, 2005, p. 86).

institucionalidad local y regional⁴⁵⁴. Ni siquiera la norma más actual (Ley 1454 de 2011) expedida en el país sobre el tema contempla para estos casos procedimientos especiales⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Villa (s.f., p. 15) es enfático en afirmar que el ordenamiento territorial que nace con la Ley 70 de 1993 aparece sin que guarde correspondencia con ordenamientos que se derivan de otros instrumentos legislativos. Villa (2004, p. 334) también señala: “El ejercicio de la autonomía para la comunidad negra, a partir del modelo que la Constitución Política instituye, no llega a decantarse como alternativa respecto al control y dominio territorial, factor que limita las relaciones con los entes territoriales, como en el caso de la articulación con la municipalidad, donde son la subordinación y la dependencia los mecanismos que regulan la definición de sus competencias. Son muchos los casos en la región donde las áreas rurales de los municipios son en su totalidad territorios colectivos, pero a pesar de ello no se presentan las mediaciones institucionales para la planeación del desarrollo, no existen escenarios de participación donde los Consejos Comunitarios puedan concurrir para la toma de decisiones y los poderes municipales ejercen el reconocimiento de las competencias del Consejo Comunitario como autoridad según su propia interpretación”.

⁴⁵⁵ Estos eventos también se pueden ilustrar con la explicación del profesional del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Silvio Garcés: “[...] 1. En el departamento del Chocó, en el municipio de Bojayá en Bellavista, el título colectivo del Consejo Comunitario COCOMACIA que se otorgó en 1997 hubo necesidad de modificarlo porque en el 2001, con la masacre de Bojayá y el cambio de curso del río, para la construcción del nuevo pueblo de Bojayá hubo necesidad de sacar del título colectivo 34 hectáreas para incluirlas como parte del perímetro urbano del municipio. Por lo anterior, el título se modificó y se convirtió en un bien fiscal patrimonial del municipio. La alcaldía como la parte del título modificado se convierte en un bien fiscal patrimonial adjudica propiedad individual a los propietarios de las viviendas. 2. En el Corregimiento de Curvaradó en el municipio de Carmen del Darién cuando se otorgó el título Colectivo al Consejo Comunitario del Río Curvaradó, no se había constituido el municipio y no se excluyó del título otorgado territorio para el perímetro urbano, pero en el año 2000, cuando se creó el municipio, fue necesario excluir el área urbana para el nuevo municipio creado. 3. En Murindó, municipio ubicado entre Chocó y Antioquia, ya se había otorgado el título colectivo, pero por un terremoto fue necesario reubicar al casco urbano del municipio. Por lo anterior, el consejo solicitó modificación del título otorgado para extraer las hectáreas correspondientes para el nuevo perímetro urbano. Pero después lo que se excluyó fue compensado al Consejo Comunitario”. Silvio Garcés, profesional del INCODER, Integrante Comisión Técnica que redactó la Ley 70 de 1993, 25 de agosto de 2015.

frente a un derecho con características especiales⁴⁵⁶ como el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, tal como lo describe Martínez (2005, p. 77)⁴⁵⁷.

De igual manera, se ve reflejada una confrontación en el tema del ordenamiento cuando la legislación colombiana no otorga a la zonificación y ordenación del territorio que realizan las comunidades negras la categoría de “determinante del plan de ordenamiento territorial”⁴⁵⁸, pero sí establece como un derecho de las comunidades negras el de

⁴⁵⁶ Como muestra, con la Ley 1450 de 2011 se crearon las comisiones nacionales y regionales de ordenamiento territorial y de ellas no hace parte ningún representante de los grupos étnicos cuando el ordenamiento se realiza en un país donde gran parte de su territorio es de propiedad de comunidades negras o indígenas.

⁴⁵⁷ “Al lado del proceso de titulación de territorios colectivos a las comunidades negras, está la implementación de la Ley 388 de 1997, como factor transformador de las relaciones territoriales en la región. Haciendo una lectura de la norma, se descubren una serie de aspectos que resultan conflictivos cuando se piensa en su aplicación concreta y en el impacto real que pueda tener en una región como la Pacífica. [...] Basta con una lectura de esta última (Ley 388 de 1997) para darse cuenta de que en ella no se contemplan los territorios colectivos de negros e indígenas ni mecanismos de participación Para ampliar y profundizar en las limitaciones de la Ley de ordenamiento territorial cuando se trata de territorios colectivos de comunidades negras”. S. Martínez (2005). “El ordenamiento territorial y la construcción de territorialidades negras en la Región del Medio Atrato”. *Perspectiva Geográfica*, n.º, 11, pp. 57-88.

⁴⁵⁸ “Artículo 10.º. Reglamentado por el Decreto Nacional 2201 de 2003. *Determinantes de los planes de ordenamiento territorial*. En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes: 1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales la prevención de amenazas y riesgos naturales; 2. Las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente; 3. El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia; 4. Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las

autonomía (Ley 70 de 1993 y Dcto. 1745 de 1995), que implica tomar decisiones sobre sus territorios, además de imponer la obligación a los consejos comunitarios de conservar el medio ambiente, hacer un uso sostenible de los recursos naturales, reglamentar los usos del suelo y zonificar su territorio, permitiendo que la zonificación y ordenación realizada por los consejos comunitarios a través de sus reglamentos internos no sea acogida de forma obligatoria en el plan de ordenamiento territorial expedido por el municipio, como sí sucede con decisiones de otras autoridades como las ambientales.

En definitiva, lo que sucede en la práctica, y como respuesta al interrogante planteado por esta tensión extracomunitaria, es que desde el marco normativo los municipios, como entidades territoriales, pueden ordenar el territorio colectivo, así sea de propiedad de un consejo comunitario, pero que hace parte también del municipio, puesto que la ley les otorga esa facultad.

Ahora bien, ¿cómo deben realizar los municipios esos procesos de reglamentación? La respuesta es que la normatividad establece unos principios orientadores que ya se han señalado esta sección, a saber: el ordenamiento territorial debe partir de ejercicios de participación y concertación con las comunidades para garantizar una construcción colectiva del ordenamiento territorial; sin embargo, hasta la fecha no se contempla como una obligación la realización de procesos de consulta previa para la adopción de los planes de ordenamiento territorial en municipios con territorios de propiedad de comunidades negras.

La tensión se genera debido a la forma en que se dio la reglamentación del derecho, porque el territorio en el que se ejercita sigue perteneciendo o hace parte de la jurisdicción de un municipio, pero la titularidad y administración de la propiedad colectiva la ejercen particulares que a diferencia de las comunidades indígenas no tienen vocación o aspiración

normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 128 de 1994 y la presente ley”. Cfr. Decreto Nacional 1507 de 1998.

legal⁴⁵⁹ de ser autoridades públicas⁴⁶⁰. Para Gearóid Ó Loingsigh (2013, p. 66) esa es una de las muchas dificultades a las que se enfrentan los consejos comunitarios; según el autor, parte de su debilidad consiste en que, a diferencia de los resguardos indígenas, no son entes territoriales⁴⁶¹, así que no manejan regalías directamente y tienen menos poder político. Además, las comunidades negras no tienen facultades ni recursos para administrar los sistemas propios en materia de salud y educación, agua potable y saneamiento básico, como sí lo tienen los territorios indígenas⁴⁶².

⁴⁵⁹ Una vez expedida la Ley 70 de 1993 varios líderes de las comunidades negras señalaron: “De manera particular, los Afrodescendientes en Colombia le apostamos a la creación de Regiones Étnicas Afrocolombianas. Nuestras regiones se determinan por los límites culturales, la movilidad, los usos del territorio, las relaciones sociales y económicas, la densidad poblacional, la religiosidad, las formas dialécticas y las lenguas propias, las formas de producción y todos los elementos que nos definen como un pueblo con cultura propia. La Constitución Política y la normatividad vigente nos ofrece posibilidades para tramitar la creación de las Entidades Territoriales Afrocolombianas, entendidas como Región Étnica, Palenques, Municipios Étnicos, Territorios Colectivos de Cuenca y Zonas Culturales Urbanas. Para la materialización debemos trabajar por la expedición de los Estatutos de Autonomía” (Olof, Mazzot y Santos, 2003, p. 25).

⁴⁶⁰ Mediante el Decreto 1953 de 2014 se creó un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política

⁴⁶¹ No obstante la afirmación de Gearóid Ó Loingsigh (2013, p. 66), se debe precisar que los resguardos en sí no son entidades territoriales asimiladas a la figura de los territorios indígenas creados por el artículo 329 de la Constitución de 1991 (desarrollado parcialmente por el Decreto 1088 de 1993), respecto de los cuales se extiende la figura de las entidades territoriales; aunque, como bien lo señaló la Corte Constitucional de Colombia mediante la Sentencia C-489 de 2012, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, “por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, existe una omisión legislativa absoluta en relación con la creación de los Territorios Indígenas.

⁴⁶² Aunque se expidió una ley de ordenamiento territorial (Ley 1454 de 2011), actualmente en el país no se ha expedido la normatividad que reglamente el funcionamiento de los territorios indígenas como entidades territoriales, pero sí se expidió el Decreto 1953 del 7 de octubre de 2014, por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los

A partir de la tensión descrita se revela nuevamente una de las características especiales del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras: su titularidad, de la cual se habló en el capítulo segundo, y que adquiere con esta tensión una nueva dimensión, pues otros actores, en este caso autoridades públicas, ejercen funciones en el territorio colectivo; aún más, el derecho queda comprendido en la jurisdicción de autoridades que administran bienes y recursos públicos, y se guían por el derecho público, pero el objeto del derecho (al territorio) es privado y las facultades de disposición le corresponden a una autoridad de administración interna que integra elementos que podrían ser de derecho público o de derecho privado⁴⁶³.

sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política, así: Decreto 1953 de 2014. “Artículo 1.º. *Objeto*. El presente decreto tiene por objeto crear un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, conforme las disposiciones aquí establecidas, entre tanto se expide la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política. Para ello se establecen las funciones, mecanismos de financiación, control y vigilancia, así como el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena; con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural. En virtud de lo anterior, el presente decreto dispone las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas, en los términos aquí señalados, ejercerán las funciones públicas que les son atribuidas, y administrarán y ejecutarán los recursos dispuestos para su financiación”.

⁴⁶³ Como ilustración sirva la descripción de Agudelo (2005, p. 197): “En el municipio de Guapi, por dar un ejemplo, el alcalde y el concejo municipal no le reconocen ninguna autoridad a los consejos comunitarios y éstos a su vez, en algunos casos, se creen un organismo con la suficiente autonomía como para autogobernarse sin tener en cuenta las disposiciones municipales. En la discusión sobre los límites del casco urbano y los de un consejo comunitario colindante en el marco de la definición de un Plan de Ordenamiento Territorial, se presentó un conflicto entre el consejo comunitario, la alcaldía y el concejo municipal. Según el alcalde los consejos comunitarios pretenden cogobernar y esto no está planteado en ninguna norma. La urgencia de definir los términos de estas relaciones entre autoridades municipales y consejos comunitarios”.

Para terminar, otra situación que es fuente de tensiones en las relaciones entre consejos comunitarios y municipios surgió recientemente en el ordenamiento jurídico colombiano con la expedición de la Ley 1753 de junio de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, al incorporar en el artículo 255 la figura de la *Compensación a territorios colectivos de comunidades negras*⁴⁶⁴. La medida será fuente de controversia⁴⁶⁵ entre consejos comunitarios y alcaldes municipales por la

⁴⁶⁴ Ley 1753 de 2015. “Artículo 255. Con cargo al Presupuesto General de la Nación, a partir de la vigencia fiscal de 2017 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público girará anualmente a los municipios en donde existan territorios colectivos de comunidades negras al momento de entrar en vigencia la presente ley, las cantidades que equivalgan a lo que tales municipios dejen de recaudar por concepto del impuesto predial unificado, según certificación del respectivo tesorero municipal [...] Para efectos de dar cumplimiento a lo aquí dispuesto, la tarifa aplicable para los territorios colectivos de comunidades negras será la resultante del promedio ponderado de las tarifas definidas para los demás predios del respectivo municipio o distrito, según la metodología expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC). El Gobierno Nacional definirá el esquema mediante el cual se iniciarán progresivamente los giros a las entidades territoriales previo estudio de las condiciones financieras y de entorno de desarrollo de cada municipio”.

⁴⁶⁵ Como ejemplo el comunicado oficial del Director de Planeación Nacional: “Inicialmente creemos que con esta compensación los municipios beneficiados recibirán recursos que podrían ascender a 48 mil millones de pesos, sostuvo Gaviria Muñoz. // Destacó que la medida se convierte en una valiosa herramienta para disminuir las brechas sociales y económicas en regiones como el Pacífico donde se registra un alto índice de pobreza. // Según nuestras proyecciones, los 23 municipios del departamento del Chocó donde existen territorios colectivos de comunidades negras (figuras territoriales que se asemejan a los resguardos indígenas) podrá llegar a recibir cerca de 26 mil millones de pesos anualmente”, sostuvo el director del DNP. // Se debe precisar que estos recursos representarán un aumento sustancial de los ingresos propios de los municipios a través del impuesto predial, lo que permitirá a los gobiernos locales reorientar las necesidades y las obligaciones para ejecutar programas prioritarios en áreas como vivienda, educación, salud, transporte, permitiéndose así mejorar la infraestructura social y productiva en favor de los habitantes de las respectivas regiones”. O la intervención de Richard Moreno, asesor jurídico del Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, COCOMACIA para el periódico *El Espectador*: “El tema del predial afrocolombiano viene desde hace más de 15 años”. “Ese tema no es de hoy. Lo que hizo el Gobierno fue que por la falta de consulta previa, que no nos consultó el plan, a última hora metió un artículo de reconocimiento del predial afro. Aunque este es un tema importante, lo metieron pensando que con ello se podía evitar que

disposición de los recursos, pues la ley faculta a las alcaldías para disponer de ellos, de forma que ingresarán al presupuesto de los municipios, no obstante que las comunidades negras reconocen esa compensación como el “predial afro”⁴⁶⁶. Además, es otra ilustración del intento persistente de homologar derechos reconocidos a las comunidades indígenas⁴⁶⁷ con los de las comunidades negras, cuando hay particularidades históricas, culturales y reglamentarias que los diferencian.

4.2.2. Tensiones entre consejos comunitarios y corporaciones autónomas regionales

Las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible (CAR) son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales, y que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, con

emprendiéramos las acciones legales pertinentes para obligar la consulta previa del Plan”. Aseguró además que estos recursos llegarán a los bolsillos de los alcaldes: “La compensación tendrá efectividad en la medida en que la inversión se haga en concertación con los consejos comunitarios, de lo contrario, serían recursos de bolsillo de los alcaldes porque son de libre inversión”

⁴⁶⁶ En el país no existe una norma que exonere a los consejos comunitarios del pago del impuesto predial, que en este caso resultaría ser peculiar porque formalmente la titularidad la tiene una sola persona jurídica, los consejos comunitarios no realizan estos pagos a los municipios; cfr. *El Espectador*. “Compensación para afros sería de \$48.000 millones”, 26 de mayo de 2016. Disponible en [http://www.larepublica.co/compensaci%C3%B3n-para-afros-ser%C3%ADa-de-48000-millones_263901]. El anterior enunciado se puede sustentar con la siguiente explicación del Departamento Nacional de Planeación de Colombia, sobre la motivación para la introducción del artículo 255 en el plan de desarrollo: “La medida, denominada 'Compensación a territorios colectivos de comunidades negras', está contemplada en el artículo 255 de la ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país', y corresponde a una acción de igualdad de derechos entre grupos étnicos, sostuvo el director del Departamento Nacional de Planeación (DNP), Simón Gaviria Muñoz, tras recordar que desde 1990 existe una ley similar que se aplica a favor de los municipios donde existen resguardos indígenas”.

⁴⁶⁷ A partir del artículo 329 de la Constitución las comunidades indígenas tienen la vocación de ser entidades territoriales y autoridades públicas especiales.

patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 1.2.5.1.1, Dcto. 1076 de 2015).

En el área de jurisdicción de las corporaciones, además de los municipios y departamentos, se asientan los consejos comunitarios de las comunidades negras que, como se ha visto en esta tesis, son considerados la máxima autoridad de administración interna del territorio colectivo, y aunque no son autoridades ambientales⁴⁶⁸, la Ley 70 de 1993 les asigna funciones muy similares a las que les corresponden a las corporaciones para velar por la conservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible del territorio en el que ejercen el derecho a la propiedad colectiva, entre ellas, la conservación de los recursos naturales y la formulación de planes de ordenación ambiental del territorio (zonificación, ordenación de cuencas, ordenación forestal).

La articulación entre corporaciones y consejos comunitarios se da en varios escenarios, por ejemplo, en la designación de representantes de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación por expresa disposición del artículo 56 de la Ley 70 de 1993^[469], de ahí que las relaciones entre corporaciones y consejos comunitarios se concentren en las actuaciones del representante de las comunidades negras ante el consejo directivo de la corporación, quien, además, es un representante de la sociedad civil en general; en la designación de representantes en comités o mesas de trabajo para la construcción de las agendas ambientales regionales; en los procesos de declaración de áreas protegidas; en la creación de reglamentos concertados para el aprovechamiento forestal con

⁴⁶⁸ De conformidad con la Ley 99 de 1993, en Colombia son autoridades ambientales el Ministerio, las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible y las entidades territoriales indígenas. “Artículo 11 [...] 2. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones: Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente”.

⁴⁶⁹ Artículo 56 de la Ley 70 de 1993 y Decreto 1523 de 2003 compilado en el Decreto 1076 de 2015.

finés comerciales en sus territorios; en la ordenación y manejo de cuencas hidrográficas; en la formulación de planes como el Plan General de Ordenación Forestal, los planes de manejo de fauna silvestre, el Plan Regional de Biodiversidad, los planes de etnodesarrollo y el Plan de Manejo Ambiental del Territorio Colectivo; en la delimitación de rondas hídricas, páramos, humedales, manglares; con capacitación y asistencia técnica en diferentes temas como minería, uso eficiente del agua y cambio climático⁴⁷⁰.

En esa articulación los consejos comunitarios son reconocidos por las corporaciones, no solo como grupos étnicos, sino como autoridades que toman decisiones en el territorio; por lo tanto, con el propósito principal de conservar el medio ambiente en los territorios de jurisdicción de ambas autoridades, la ambiental, junto con la de gobierno propio de las comunidades negras, se unen para trabajar de manera conjunta en los temas señalados, sin que ello implique el abandono de las funciones sancionatorias propias de las corporaciones,

⁴⁷⁰ Por ejemplo, Ley 99 de 1993. “Artículo 39. La Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, CODECHOCO, además de las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, tendrá como encargo principal promover el conocimiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente de la región chocoana y su utilización, fomentar el uso de tecnología apropiada y dictar disposiciones para el manejo adecuado del singular ecosistema chocoano y el aprovechamiento sostenible racional de sus recursos naturales renovables y no renovables, así como asesorar a los municipios en el proceso de planificación ambiental y reglamentación de los usos del suelo y en la expedición de la normatividad necesaria para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural de las entidades territoriales. // Es función principal de la Corporación proteger el medio ambiente chocoano como área especial de reserva ecológica de Colombia, de interés mundial y como recipiente singular de la megabiodiversidad del trópico húmedo. En desarrollo de su objeto deberá fomentar la integración de las comunidades indígenas y negras que tradicionalmente habitan la región, al proceso de conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos y propiciar la cooperación y ayuda de la comunidad internacional para que compense los esfuerzos de la comunidad local en la defensa de ese ecosistema único”. Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Los Delfines. “[...] II. *Recursos Naturales*. Los Consejos Comunitarios en conjunto con CODECHOCO determinarán el uso y control de los recursos naturales”. Reglamento Interno del Consejo Comunitario de Villa Conto. “Artículo 22. Las entidades administradoras de los recursos naturales renovables reglamentarán concertadamente con el Consejo Comunitario Mayor de Villacontó, el uso colectivo de las áreas del bosque a que se refiere la presente ley”.

y la potestad jurídica para el otorgamiento de permisos, licencias y concesiones ambientales para el uso y aprovechamiento de recursos naturales.

Precisamente un detonador de tensiones en la articulación entre consejos comunitarios y autoridades ambientales a nivel regional son los permisos, que en términos generales se otorgan para el aprovechamiento con fines económicos en territorios colectivos de comunidades negras, debido a que, no obstante la existencia del derecho a la consulta previa, la autoridad que finalmente toma decisiones con impacto en el territorio y en el ejercicio de los derechos de las comunidades no es la administración interna sino la ambiental, amparada en la estructura normativa del país que otorga a las CAR, a nivel territorial, la competencia para adjudicar permisos ambientales en los territorios de su jurisdicción, entre los cuales se cuentan las áreas de los territorios colectivos de las comunidades negras.

La tensión se presenta por el reconocimiento legal de dos autoridades, una ambiental y otra de gobierno propio. En relación con la última, es decir, con los consejos comunitarios, su consideración como “administrador interno” no la faculta para cumplir algunos roles que la normatividad del país ha delegado exclusivamente en otro tipo de autoridades, en este caso, las ambientales. De allí surgen situaciones de confrontación por las decisiones, que no obstante tener impacto en un territorio de propiedad de un consejo comunitario, son tomadas por una autoridad diferente a la de administración interna.

Frente a las controversias entre autoridades ambientales y autoridades de administración interna, pese a los acuerdos, convenios o reglamentos para el uso y aprovechamiento de los recursos que se deben concertar entre ambas autoridades, las decisiones finales son tomadas por la autoridad ambiental; de ahí que para las comunidades negras no es comprensible que sean titulares de derechos de propiedad sobre los bosques y los suelos, pero que los permisos no se otorguen de manera exclusiva respetando su titularidad.

En este punto surge un interrogante: ¿sería razonable dotar a los consejos comunitarios de ciertas competencias de autoridad ambiental tales como expedir licencias o permisos o ejercer la potestad sancionatoria a quienes, en sus territorios, incumplan la normatividad o

causen daños al medio ambiente? Como se verá en la parte final de este capítulo, la respuesta al interrogante, aunque rompa con el anhelo de las comunidades negras, será que no es razonable. Y no lo es por las condiciones particulares de una figura que, por lo demás, no hace parte del origen del derecho, que tiene debilidad institucional y que está expuesta a que sean cooptados por intereses privados. Sobre este punto volveremos más adelante.

4.2.3. Tensiones entre consejos comunitarios y propietarios privados

En esta sección final de la tesis se ilustra otra de las realidades que se presentan en los territorios colectivos de comunidades negras, que en apariencia no tiene cabida legal por la consagración del artículo 6.º literal e de la Ley 70 de 1993 y el numeral 5 del artículo 19 del Decreto 1745 de 1995, disposiciones que excluyen la propiedad privada del título colectivo.

Sin embargo, en territorios colectivos de comunidades negras la noción de propiedad privada individual está presente no solo desde su apropiación histórica, como se ha descrito en los capítulos precedentes, sino también después de realizarse el procedimiento formal para el reconocimiento legal del derecho a través de la expedición del acto administrativo que otorga el título colectivo⁴⁷¹.

En efecto, aunque en los títulos otorgados para el surgimiento del derecho a la propiedad colectiva no quedan incluidos formalmente actores privados con títulos de propiedad privada, debido a que en la visita técnica que realiza el Estado para la adjudicación se evalúa la presencia de terceros ocupantes que pueden tener mejoras dentro del área solicitada en titulación⁴⁷², en la práctica hay propietarios privados que, no obstante sus

⁴⁷¹ En el artículo 8.º de la Ley 70 de 1993 se describe el procedimiento administrativo para la titulación que requiere de actuaciones del Estado y de la comunidad solicitante del título.

⁴⁷² Un ejemplo de esta actividad se puede ver en el aparte de Considerandos de las Resoluciones expedidas por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria o Instituto Colombiano de Desarrollo Rural como parte de los antecedentes de las acciones adelantadas en virtud del procedimiento señalado en el Decreto 1745 de 1995; por ejemplo: Resolución 02727 del 27 de diciembre de 2001 “por medio de la cual se adjudica en calidad de tierras de las comunidades negras los terrenos baldíos ocupados colectivamente por la comunidad

hectáreas haber sido excluidas de la resolución de adjudicación, materialmente están en el globo de terreno adjudicado al consejo comunitario. Es decir, en la investigación de campo es posible concluir que en el mismo espacio físico de terrenos conviven integrantes del consejo comunitario y propietarios de predios individuales.

Los propietarios privados son aquellas personas que pueden no ser miembros de la comunidad o del grupo étnico⁴⁷³, o también, que pueden ser miembros del grupo étnico

negra organizada en el Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan ASOCASAN”. Considerando 8. “La visita se realizó en la fecha prevista por los funcionarios designados y se orientó a la delimitación física del territorio a recoger los datos etnohistóricos y culturales de la comunidad a realizar el censo de la misma y a recolectar información ambiental sobre prácticas tradicionales de producción y tenencia de tierras. Así mismo, se evaluó la presencia de terceros ocupantes que resolvieron los conflictos existentes por tenencia de tierras y aprovechamiento de recursos naturales”.

⁴⁷³ Daniel Ruiz (2011, pp. 169-173) describe algunos procesos de negociación que se dieron en el Bajo Atrato en el departamento del Chocó, cuando se inició el proceso de titulación colectiva: “En el Bajo Atrato existe un número considerable de campesinos mestizos que en su mayoría llegó a la región a partir de los años sesenta desde el Valle del Río Sinú, en el departamento de Córdoba. A estos campesinos se les conoce como chilapos. [...] Ahora bien, su presencia supuso una serie de conflictos con las comunidades negras por el derecho a la titulación de unos territorios que ambos, negros y chilapos compartían desde hace décadas. La Ley 70 de 1993, norma que reguló la titulación colectiva de los territorios que se consideraban posesiones ancestrales de las comunidades negras, no tuvo en cuenta que en el Bajo Atrato no existía una delimitación segregada de los diferentes grupos de población. Es decir, en muchos casos, las tierras estaban en posesión de chilapos o gente mestiza [...] La presencia de chilapos en las tierras del Bajo Atrato era un asunto innegable, aún para los férreos defensores de la propiedad colectiva de las comunidades negras [...] Las comunidades de paz lograron que se reconociera a los chilapos como ‘ocupantes de buena fe’. [...] La permanencia de los chilapos por más de diez años en la región y el reconocimiento de este hecho por parte de las comunidades negras zanjaron algunas de las diferencias que afloraron en un principio. Además, a través de una serie de Asambleas y discusiones adelantadas al interior de estas comunidades de paz durante los acuerdos para la obtención de los títulos colectivos, los chilapos establecieron convenios para respetar los principios de la Ley 70, en especial, las prescripciones referidas a la función ecológica de la propiedad. Así en tanto que ocupantes de buena fe, los chilapos asumieron el compromiso de ‘portarse bien con el territorio’”. Además, en las explicaciones del INCORA en el proceso de discusión de la Comisión Especial que redactó el proyecto de ley que sería la Ley 70 de 1993, que justifican las excepciones contempladas en el artículo 6.º de la Ley 70 de 1993, se preveían

(como sucedió en el Consejo Comunitario de Asocasan en el río San Juan en el Departamento del Chocó⁴⁷⁴) y no estar interesados en hacer parte del proceso de titulación⁴⁷⁵; lo común en estos propietarios privados es la fecha de adquisición de su derecho, ya que estaban en el territorio y tenían títulos regulares de propiedad o de posesión de mejoras, en los términos del Código Civil, con anterioridad a la expedición de la Ley 70 de 1993; es decir, se rigen por las normas del derecho civil pero no fueron excluidos materialmente del territorio o del globo de hectáreas al momento de realizar la adjudicación

situaciones que se pueden presentar con propietarios privados: “En lo que se refiere a las excepciones, artículo 4.º –propuesta del gobierno–, en el caso de los bienes de uso público –calles, caminos, puentes, etc., son todos bienes del Estado de uso común por todos los habitantes, por lo que no pueden quedar reconocidos en una ley de titulación. En el literal D, de este mismo artículo, se habla de los predios rurales en los cuales se acredite propiedad particular conforme a la Ley 200 de 1936, esta norma la puso el INCORA, porque en el caso de presentarse un pleito de propietarios particulares, las normas que van a regir son las del Código Civil”. Actas de Discusión de la Comisión Especial para las Comunidades Negras. Acta 007 del 30 de abril al 2 de mayo de 1993.

⁴⁷⁴ En la Resolución 02727 del 27 de diciembre de 2001 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria se establece: “En relación con terceros ocupantes durante la práctica de la visita no se encontró tenencia de tierra de personas ajenas a la comunidad que tuvieran esa calidad. Por otra parte, los predios de propiedad privada que se encuentren dentro del globo de terreno a adjudicar por mandato expreso del literal e del artículo 6.º de la Ley 70 de 1993 y el numeral 5 del artículo 19 del Decreto 1745 de 1995 quedarán excluidos del título colectivo, entre ellos el inmueble de propiedad del Señor Antonio Elimeleth Mosquera Perea, con 65 hectáreas, con 2.000 metros cuadrados. Igualmente, de acuerdo a lo ordenado por la Regional Chocó, mediante auto del 31 de julio del 2000 del área a titular colectivamente se excluirán 505 hectáreas para adelantar adjudicaciones individuales de los predios de Felipe Mosquera Murillo, José Querubín Copete Torres, Gregorio Mosquera (y otros) los cuales se encuentran identificados por linderos determinados en cada solicitud individual”.

⁴⁷⁵ Como ilustración sirva la descripción en el proceso para la Adjudicación del título Colectivo de Bajo Mira y Frontera: “Con la familia Afrocolombiana Gruesso Villareal, colindante del territorio solicitado en titulación colectiva, se acordó previa delimitación y georreferenciación, excluir del título colectivo las áreas que pertenecen a esta familia quienes no están interesados en la titulación colectiva, de acuerdo con el acta de concertación visible a folios 446 y 447 del expediente”.

o reconocimiento del derecho⁴⁷⁶; incluso al momento de la titulación fueron considerados ocupantes de buena fe.

En otras palabras, los propietarios privados estaban en el territorio al momento de iniciarse el proceso de titulación colectiva, no llegaron después de titulado el territorio, sino que tenían derechos de propiedad, y en el marco de la legislación civil colombiana son propietarios legítimos, no son ilegales, no son invasores, no son poseedores de mala fe⁴⁷⁷, no han despojado⁴⁷⁸ ni desplazado a las comunidades negras de su territorio, sino que no se

⁴⁷⁶ Por ejemplo, un año antes de iniciarse en el departamento del Chocó el proceso de titulación colectiva se identificaron 612 escrituras con título de propiedad individual. Unas correspondían a escrituras de iglesias católicas, la gran mayoría a propietarios privados individuales entre paisas y chilapos, y una minoría a indígenas. Conversación con Esildo Pacheco, asesor jurídico de ACABA, 9 de marzo de 2017.

⁴⁷⁷ Según la Ley 70 de 1993 los poseedores de mala fe se toman como personas que ocupen los territorios una vez se realiza la adjudicación por el Estado colombiano. “Artículo 15. Las ocupaciones que se adelanten por personas no pertenecientes al grupo étnico negro sobre las tierras adjudicadas en propiedad colectiva a las comunidades negras de que trata esta ley no darán derecho al interesado para obtener la titulación ni el reconocimiento de mejoras y para todos los efectos legales se considerará como poseedor de mala fe”.

⁴⁷⁸ El despojo “se asocia en esta definición con el ‘acto violento o clandestino por el cual uno es privado de una cosa mueble o raíz que poseía o del ejercicio de un derecho’”. “En un sentido estrictamente jurídico o económico, puede entenderse por despojo el proceso por medio del cual un poseedor pierde la tierra que usa o disfruta materialmente, o los derechos legales que tiene sobre ella, generándose en su contra un perjuicio. Sin embargo, existe el interrogante: ¿de qué se despoja al individuo o al grupo de individuos a quienes les ha sido arrebatada su tierra? En otros términos: ¿Qué se pierde cuando se es despojado de la tierra? // Desde la perspectiva clásica del derecho civil, el despojo tiende a comprenderse únicamente como una pérdida económica que, como tal, puede ser compensada a través de mecanismos como la indemnización de perjuicios, mediante el pago de una prestación en dinero por un valor equivalente a lo que el derecho civil y comercial denomina el lucro cesante y el daño emergente. // Sin embargo, en la dinámica del conflicto armado y de los procesos mismos de reparación y restitución el impacto y el significado jurídico y político del despojo debe ser distinto por varias razones. En primer lugar, porque, tanto la perspectiva penal o civil ordinaria no dan cuenta adecuadamente del impacto que en la práctica tiene el despojo de tierra sobre la situación vital del individuo o la comunidad despojadas. En toda la literatura sobre desplazamiento forzado, e inclusive en las propias sentencias constitucionales sobre el tema, se ha admitido que ese daño o menoscabo

dio el proceso de deslinde y saneamiento respecto de los predios de propiedad privada que estaban en el globo del territorio solicitado en titulación; de forma que el Estado no hizo el respectivo saneamiento al momento de realizar la adjudicación sino que limitó su actuación a una exclusión formal; o, en algunos casos, al no anular o dejar sin efectos sus títulos de propiedad, simplemente por su manifestación quedaron incluidos en el título colectivo como ocupantes de buena fe, con el compromiso de seguir los lineamientos y acogerse a los reglamentos de las comunidades negras; sin embargo, sus escrituras siguen siendo válidas y, por ejemplo, pueden realizar actos de disposición como la venta.

Además, es preciso señalar, como lo hizo la Corte Constitucional colombiana en el Auto A-112 de 2012, que ni la Ley 70 de 1993 ni el Decreto 1745 de 1995 establecieron un procedimiento específico para la ampliación, saneamiento y clarificación de los territorios colectivos de las comunidades negras; por ello en la actualidad se intentan adecuar las disposiciones de la Ley 200 de 1936^[479] y 160 de 1994 amparados en el artículo 12 de la Ley 70 de 1993^[480].

trasciende de manera altamente compleja la dimensión meramente patrimonial. No hay duda de que el despojo es, en efecto, la pérdida de un bien con un valor comercial determinado y de un medio de producción o generación de ingreso y capital cuyo valor económico es calculable y también reparable en términos monetarios”. Para ampliar el concepto de despojo, las diferencias con el abandono y los métodos de despojo empleados para apropiarse de tierras y territorios consultar: Área de Memoria Histórica Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Línea de Investigación Tierra y Conflicto (2009). El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual. Bogotá: Área de Memoria Histórica, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Universidad Nacional de Colombia.

⁴⁷⁹ Se debe recordar que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, que incluyó el artículo 55 transitorio, en el Pacífico, y bajo el amparo de la normatividad agraria “se han entregado títulos de propiedad individual a personas de fuera de la región mientras que los nativos se les ha negado” (Actas de Discusión de la Comisión Especial para las Comunidades Negras. Acta 007 del 30 de abril al 2 de mayo de 1993, p. 49).

⁴⁸⁰ “En los aspectos no contemplados en esta ley o en el reglamento, se aplicará la legislación general sobre tierras baldías de la Nación en lo que sea compatible con la naturaleza y finalidades del reconocimiento a la propiedad de las comunidades negras de que trata esta ley ”.

Retomando el planteamiento de esta sección, en territorios colectivos de comunidades negras hay propietarios privados, y las razones para la actuación omisiva del Estado pueden encontrarse tanto en lo novedoso y urgente del proceso de titulación colectiva a las comunidades negras, iniciado en la década de 1990⁴⁸¹, como en la labor incompleta del Estado que no tenía suficiente capacidad técnica ni financiera⁴⁸² para dar trámite a las solicitudes de titulación con la correspondiente adquisición de los terrenos que estaban en el área en la que se solicitó el título, pero que no serían parte integral de la titulación colectiva⁴⁸³.

⁴⁸¹ Como ilustración la narración de funcionario del INCODER en respuesta a la solicitud de información Radicado 20151192663. Comunicación Personal, 28 de octubre de 2015: “La gran mayoría de conflictos quedaron en el título de la ACIA, el origen de los conflictos tiene que ver con el proceso mismo de titulación que fue a las carreras y se enfrentó a varios factores o situaciones que existían antes como los procesos de constitución de los resguardos, la violencia en la región, el desconocimiento de las organizaciones. Hubo un error porque por las carreras no se excluyeron las zonas urbanas”.

⁴⁸² Además, las imprecisiones en la delimitación de los territorios colectivos por las entidades competentes (Instituto Geográfico Agustín Codazzi, INCORA, INCODER), las imprecisiones en la localización cartográfica de los territorios colectivos y la ausencia de control de las entidades competentes (alcaldías, corporaciones) en la explotación de los recursos naturales, con la consecuente explotación ilegal de recursos forestales y mineros por actores ajenos a la Comunidad (2010, p. 141) se convirtieron en la fuente de la presencia de propietarios privados en territorios colectivos de comunidades negras, generando así diferencias entre estos actores que en ocasiones son foráneos y la comunidad negra.

⁴⁸³ Como muestra la Resolución 12894 del 9 de diciembre de 2014 por la cual se inició el procedimiento de delimitación o deslinde de los territorios colectivos adjudicados a las comunidades negras organizadas en el Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera, ubicados en la jurisdicción del municipio de Tumaco en el Departamento de Nariño: “[...] 1.2. La anterior adjudicación se otorgó con la anotación expresa de que en armonía con lo dispuesto en el literal e) del artículo 6.º de la Ley 70 de 1993 y el numeral 5 del artículo 19 del Decreto 1745 de 1995, no incluía los predios rurales en los cuales se acreditara propiedad privada, conforme a la Ley 200 de 1936. Asimismo, que serían tenidos como terceros ocupantes de buena fe las personas no pertenecientes al grupo étnico negro que a la fecha de expedición de la resolución de adjudicación tenían mejoras establecidas al interior del territorio titulado y como ocupantes de mala fe, quienes, a partir del registro de la resolución de adjudicación, ejercieran ocupación de los terrenos colectivos adjudicados a la

Lo anterior pone en evidencia no solo un tema de retraso y omisión en las tareas del Estado, representado para esos trámites por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), y en la actualidad la Agencia Nacional de Tierras, sino que, además, no se realizó un proceso técnico adecuado (con las suficientes visitas de verificación) para el respectivo deslinde, delimitación y saneamiento antes del nacimiento del derecho⁴⁸⁴, pero en cambio se tomó la opción con

comunidad negra”. También sirve de ilustración la evaluación técnica para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva al Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera realizada por la entidad que adjudicó el derecho: “En relación con los predios de propiedad privada, dentro del informe técnico de la regional INCORA, Nariño, Putumayo, se indicó que en la visita de campo, se encontraron 170 predios de propiedad privada con una extensión de mil setecientas sesenta y ocho hectáreas con ocho mil doscientos metros cuadrados (1.768 ha - 8.200 m²) adjudicados por el INCORA, en áreas sustraídas de la reserva forestal del Pacífico establecidas en la Ley 2 de 1959, de acuerdo con el inventario que obra a folios 1.179 a 1.186 del expediente. Del mismo modo se excluye un área de (793 ha - 9.724 m²) de propiedad privada de la empresa Camaronera Acuacultivos El Conquistador. Igualmente se excluyen del título colectivo 281 ha - 7.238 m²) que corresponden al predio hacienda La Matildita de propiedad privada del Señor Francisco J. Márquez de conformidad con la resolución 04994 del 19 de octubre de 1983 de la Gerencia General del INCORA que resolvió el proceso de clarificación de la propiedad y que lo reconoció como de propiedad privada, tal como consta en el folio de matrícula inmobiliaria número 252-0002-216 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tumaco, visible a folio 1251 del expediente. Estos predios al igual que cualquier otro de propiedad privada que se encontrare dentro del fundo objeto de titulación, quedan por fuera de la adjudicación, que se realiza por mandato expreso del literal e del artículo 6 de la Ley 70 de 1993 y el numeral 5 del artículo 19 del Decreto 1745 de 1995. Por otra parte como quiera que el territorio solicitado en titulación colectiva fue sustraído de la Reserva Forestal del Pacífico establecida por Ley 2 de 1959 por lo cual se pueden adelantar procesos de titulación individual de baldíos en favor de las familias de cualquier procedencia étnica que los vengán ocupando, en los términos previstos en la Ley 160 de 1994, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por la Regional [...] en el sentido de excluir del título 387 has para atender 26 solicitudes de adjudicación individual que se encuentran en trámite en esta Regional de acuerdo con el inventario que obra en el expediente”.

⁴⁸⁴ En virtud de un derecho de petición interpuesto ante el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) radicado 20151192663. Comunicación Personal del 28 de octubre de 2015, se delegó un funcionario quien explicó que: “A la fecha no se han expedido resoluciones de modificación de títulos colectivos de comunidades negras, sino que se trabaja o hay en curso procesos de deslinde en curso para

menos trámites, es decir, el reconocimiento en muchos casos como ocupantes de buena fe, aunque no asumieran en realidad las prácticas tradicionales de los integrantes de los consejos comunitarios, pues siempre concibieron su propiedad como propiedad privada.

Esa situación también es útil para demostrar las particularidades del derecho objeto de este análisis, por cuanto, desde la visión clásica, en el derecho de la propiedad privada es imposible que nazca a la vida jurídica una propiedad sin la suficiente delimitación y clarificación de linderos; sin embargo, como la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho cuyo fundamento ético va más allá del reconocimiento estatal, tal como se planteó en el capítulo primero de esta tesis, la aspiración de proteger la apropiación histórica de un territorio trasciende la solemnidad y formalidad de la legislación civil clásica⁴⁸⁵.

El anterior es un ejemplo de tensión que hace particular el derecho colectivo, porque los propietarios privados también son titulares de derechos y pueden realizar actos de disposición sobre “las mejoras” o predios de su propiedad, guiados por la legislación civil colombiana y no por la legislación especial de comunidades negras, ya que esos particulares ejercen un dominio privado y son titulares del derecho de propiedad bajo las reglas de los derechos individuales y no del aparente derecho especial de las comunidades negras.

aclaración, pero no se han expedido actos administrativos. Solicitudes formales con procesos iniciados para el saneamiento de territorios colectivos se encuentran en trámite el caso del Consejo Comunitario de Alto Mira y Frontera”.

⁴⁸⁵ Como explicó el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria recién expedida la Ley 70 de 1993, “La adjudicación de las tierras, por su forma especial de ocupación y aprovechamiento, no sigue los lineamientos de la legislación ordinaria sobre terrenos baldíos, los cuales se aplicarán de manera subsidiaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza y finalidad del reconocimiento especial de esta clase de propiedad. Para lograr la plena efectividad de los derechos contemplados en la Carta en favor de las comunidades negras, se ordena elaborar un procedimiento especial que tenga en cuenta los principios rectores de la función administrativa” (Múnera, 1993, p. 38).

De modo que la tensión se presenta en el ámbito espacial y físico donde se ejerce un derecho que desde la doctrina tradicionalmente es colectivo, es decir que solamente pueden ejercer facultades los titulares cualificados del derecho a la propiedad colectiva, pero en realidad coexisten otros actores que desde la legislación civil también son titulares, y que en este caso son individuales y se rigen por los lineamientos y la legislación sobre propiedad privada individual.

De manera que, fuera de las decisiones individuales que puedan tomar las familias, o las personas integrantes del consejo comunitario, también cuentan las decisiones de otros individuos que afectan el territorio y la facultad de administración interna establecida por la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 como consecuencia del derecho a la propiedad. Piénsese, por ejemplo, en el propietario privado que amparado en su derecho de propiedad, tramita ante una entidad bancaria un crédito, o simplemente vende su propiedad a una persona que no cumple con las condiciones exigidas en la Ley 70 de 1993, o que la arrienda, la vende o la cede para implementar en ella monocultivos o cultivos ilícitos, aunque el consejo comunitario excluya ese tipo de actividades en su territorio⁴⁸⁶.

El ejemplo desvirtúa uno de los elementos claves analizados en el capítulo primero para invocar que un derecho es colectivo, ya que, hay decisiones y ejercicio de facultades por personas que no hacen parte del grupo pero que tienen efecto sobre el objeto material del derecho y, por ende, sobre el derecho mismo.

⁴⁸⁶ Baste como muestra la audiencia realizada en la Inspección del municipio de Bagadó donde tiene jurisdicción el Consejo Comunitario Mayor COCOMOPOCA: “El conflicto a resolver se genera a raíz de una autorización de explotación forestal que el particular con predios dentro del mencionado consejo comunitario otorga bajo la figura de arrendamiento a un foráneo (denominados dentro de la comunidad como paisa) para que realice la explotación en un lugar determinado de sus tierras estableciendo como canon de arrendamiento el valor de (\$400.000 cuatrocientos mil pesos) mensuales, pero antes de iniciar labores de explotación, el arrendatario con base en la experiencia que ha tenido en la explotación forestal en área de comunidades negras, le solicita un aval por parte del consejo comunitario que le permita realizar dicha explotación y así evitar inconvenientes”.

Ahora bien, ¿cómo resuelven en terreno los consejos comunitarios las tensiones que se generan entre propietarios privados y sus órganos de administración? Como se ha dicho, en su actuación diaria cada consejo comunitario tiene la autonomía suficiente para definir los mecanismos que utilizará en la resolución de tensiones y conflictos al interior de su territorio. En el caso particular utilizado como ejemplo en esta tesis para ilustrar las particularidades del derecho a la propiedad colectiva, los consejos comunitarios establecen incipientes lineamientos respecto de sus relaciones con ocupantes de la mala fe, pero no con aquellos que fueron excluidos formal pero no materialmente del territorio⁴⁸⁷. En todo caso, son los reglamentos internos y los protocolos creados por cada comunidad, los que darán luces para solucionar las tensiones que puedan presentarse en los consejos comunitarios de comunidades negras.

Recogiendo lo más importante, el ejemplo de las tensiones extracomunitarias planteadas en esta parte del trabajo ilustran las controversias que se suscitan por la idea predominante que, no obstante el rotulo de derecho colectivo, subsiste cuando se trata del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, por lo que estas líneas se terminan reafirmando que el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 55 transitorio de la

⁴⁸⁷ Reglamento Interno de Villaconto. “Artículo 39. De acuerdo con lo establecido en el sistema de derecho propio y la legislación especial nacional para población afro se considerarán ocupantes de mala fe quienes no pertenezcan a este grupo étnico y hagan uso u ocupaciones indebidas del territorio o que pretendan ejercer dominios que son exclusivos de las comunidades negras del Consejo Comunitario de Villaconto. Parágrafo: Quienes sean declarados ocupantes de mala fe se sujetarán a las sanciones que estime la autoridad competente del Consejo Comunitario Mayor, incluyendo la posibilidad de expulsión del territorio”. En igual sentido los artículos 44 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario de San Isidro y 27 del Reglamento Interno del Consejo Comunitario del Río Baudó y sus Afluentes ACABA. “De acuerdo con lo establecido en nuestro sistema de derecho propio y la legislación especial nacional para población afro, se considerarán ocupantes de mala fe quienes no pertenezcan a la comunidad y hagan usos u ocupaciones indebidas del territorio, o que pretendan ejercer dominios que son exclusivos de la comunidad negra del Consejo Comunitario de San Isidro. Parágrafo: Quienes sean declarados ocupantes de mala fe se sujetarán a las sanciones que estime la autoridad competente del Consejo Comunitario, incluyendo la posibilidad de expulsión del territorio”.

carta constitucional, es un nuevo derecho, una innovación en la categorización de los derechos y un ejemplo que abre la puerta para nuevas discusiones.

Esta tesis es solo un punto de partida para comprender que existen derechos diferentes, especiales, porque su conceptualización no depende exclusivamente de un conjunto de normas sino de elementos históricos y culturales.

4.3. Aproximación teórica a las tensiones derivadas del ejercicio del derecho a la propiedad colectiva

El propósito de esta última sección no es plantear una fórmula mágica, tarea que además sería técnicamente imposible, sobre todo desde la frialdad de unas líneas de texto, sino esbozar una aproximación dogmática a la necesidad de encontrar un punto de equilibrio, una forma de solución a las tensiones identificadas, derivadas de las particularidades y de la complejidad del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras.

De ahí que inquirir por una solución para las tensiones es también reflexionar respecto del rumbo del derecho objeto de esta tesis: ¿tendrá algún tipo de evolución?, si la tiene, ¿en qué sentido (normativista, dogmática)?, ¿qué pasará con su titularidad especial y con las facultades materiales?

La primera opción de respuesta se traslada al anhelo de las comunidades negras: la expedición de normas que reglamenten la Ley 70 de 1993. Sin embargo, si nos atenemos al fundamento ético del derecho que muestra el origen de la coexistencia de elementos individuales (que no son exactamente iguales a los de la propiedad privada individual) y colectivos (explicados en los capítulos anteriores), y que denotan el carácter sui géneris del derecho, una solución legalista, positivista o normativa reproduciría en mayor medida las soluciones previstas desde la legislación civil, como ordinariamente se han desvelado en la práctica actual y cotidiana de las comunidades negras al interior de sus consejos comunitarios. Incluso, es ir en contra hasta de las propuestas normativas de algunos sectores de las organizaciones que las representan.

Entonces, el reto es más difícil, porque exige un proceso de deconstrucción de las prácticas que se han ido incorporando a lo largo de los años al ejercicio del derecho, entre ellas el arrendamiento de terrenos para la explotación de recursos naturales, la constitución de usufructo mediante escrituras, etc., y de renovación, por los cambios que se dan no solo en la sociedad colombiana sino en las mismas comunidades negras, que dejan de lado o trascienden al “romanticismo” o imaginario de unas comunidades primitivas, históricas, iguales a las comunidades indígenas que conviven de forma armónica y aceptan la nueva figura de administración interna que, se debe reconocer, se creó (consejo comunitario), surgió como una ficción y una construcción que no responde a la realidad histórica del origen y desarrollo del derecho. Posición que también ha permeado su conceptualización.

Desde su formalidad, es decir, desde el reconocimiento formal del derecho por el Estado, por la tendencia y por las nuevas olas identitarias y de rescate de la africanidad que se están gestando en toda la región del Pacífico y en otros lugares de Colombia (p. ej., la región Caribe), el derecho a la propiedad colectiva expresa su evolución en el incremento de áreas tituladas, incluso para espacios que en la actualidad no se habían calculado; así, las solicitudes aumentarán tanto como los actos de adjudicación de títulos colectivos, porque cada vez habrá más comunidades que anhelan rescatar su historia, su cultura y, por ende, el reconocimiento del derecho a la propiedad, aunque serán procesos más prolongados que los actuales.

De esa forma, seguirán presentándose debates ante el cumplimiento o no de los requisitos fijados por la Ley 70 de 1993 para acceder al reconocimiento del derecho. Sin embargo, la aspiración, por ejemplo, de titulación de áreas urbanas no tendrá mayor progreso, salvo el aumento de los niveles de representatividad política. Es decir, cada vez habrá más grupos organizados y constituidos como asociaciones que representen los intereses de los afrodescendientes que viven en Colombia. Incluso, se intentará crear consejos comunitarios urbanos, pero, por las invariables limitaciones de la ley, esos espacios volverán al escenario de la representatividad política.

Esta aseveración surge de la situación actual de la sociedad colombiana, que tendrá en los próximos años sus intereses centrados en el postconflicto y en cómo lograr una paz real. En consecuencia, la voluntad política que se requiere para la modificación de aspectos esenciales del reconocimiento del derecho no tendrá mayor fuerza para incidir en los procesos técnicos, jurídicos y políticos requeridos para la modificación, entre otras, de la Ley 70 de 1993.

Lo anterior, teniendo en cuenta que solo una ley puede modificar las exigencias de la Ley 70 de 1993 para cambiar los requisitos que permiten acceder al reconocimiento del derecho y/o la exclusión de adjudicación para las áreas urbanas. Además, los cambios institucionales que se están dando en el país, producto de los acuerdos de paz, incidirán en el ordenamiento y en las reclamaciones territoriales; así, por ejemplo, en la identificación a través de un censo de los baldíos de la nación, la constitución de zonas de reserva campesina, las zonas para el desarrollo rural integral, las reclamaciones de las comunidades indígenas con fundamento en el Decreto 2333 de noviembre de 2014 de medidas de protección para la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales, generarán constantes enfrentamientos entre campesinos, particulares y comunidades por espacio territorial; lo cual, en últimas, frenará cualquier propuesta normativa que pretenda ampliar el alcance de la Ley 70 de 1993, en cuanto al nacimiento formal del derecho a la propiedad colectiva para áreas diferentes a las establecidas en dicha ley, o la aspiración de homologar los territorios de comunidades negras con entidades territoriales, que las comunidades, entre otras propuestas, denominan entidades territoriales afrocolombianas, divisiones territoriales afrocolombianas o en la constitución de la Región Pacífico.

A manera de ilustración, ni siquiera frente a los insistentes reclamos de las comunidades indígenas se ha logrado reglamentar el mandato constitucional que las erigiría como territorios indígenas, aunque exista ya una consagración y un orden constitucional. Entonces, si el país está en mora de reglamentar algo que ya tiene creación y fundamento constitucional, difícil será avanzar en las reformas constitucionales pertinentes. Se reitera, el Estado colombiano en los próximos años se dedicará a cumplir los compromisos con la paz.

No obstante, como ya hay procesos en curso, probablemente se logrará alguna parte de la tan esperada reglamentación de aspectos de la ley, como el tema de la minería, la asociatividad, el acceso al crédito, la asistencia técnica y la capacitación para órganos de gobierno, en especial del Capítulo VII de la Ley 70 de 1993, etc. Esas reglamentaciones pueden impactar las facultades materiales derivadas del derecho en estudio: por ejemplo, para el tema de minería o de aprovechamiento de recursos naturales se intentará fortalecer el componente o aspecto colectivo del derecho, es decir, los consejos comunitarios asumirán el papel ideado desde el marco normativo como autoridad de administración interna pero con facultades reglamentarias condicionadas, que no se traducirán en la potestad jurídica de otorgamiento de permisos ambientales.

No se ve que los consejos comunitarios de las comunidades negras adquieran algunas de facultades reservadas a quienes desde la institucionalidad son consideradas autoridades ambientales y mineras. No solo por la ausencia de la voluntad política de la que ya se ha hablado en esta sección⁴⁸⁸, sino por la realidad de la degradación ambiental que en la actualidad presentan muchos territorios colectivos de comunidades negras, como en el caso del departamento del Chocó; además de la debilidad institucional, la falta de capacidad técnica y de los niveles de desconfianza frente al ejercicio de las funciones de esos órganos, tanto a nivel interno (en las mismas comunidades) como externo (la sociedad colombiana). Esas razones también son valederas para salirle al paso a las inquietudes respecto de su constitución como entidades territoriales.

De esa manera, la capacidad organizativa, técnica y financiera de los consejos comunitarios se convierte en un límite para el ejercicio de funciones tales como de autoridad ambiental,

⁴⁸⁸ Además, la voluntad y decisión política del gobierno que representa al Estado ahora no sabe qué hacer, cómo actuar, cómo desarrollar los derechos reconocidos y las figuras creadas con la expedición de la Ley 70 de 1993 (esto se ve, por ejemplo, en la creación del espacio para realizar los procesos de consulta previa con este grupo étnico frente a las medidas administrativas y proyectos de ley que tengan impacto en su territorio). Es más, ni las mismas comunidades negras saben en qué se va a traducir y cómo cumplir su calidad de autoridad de administración interna.

en especial frente a la potestad sancionatoria y al otorgamiento de permisos ambientales. Nótese que fuera de las fricciones que se generan en el ejercicio del derecho, por tratar de encuadrar una figura que como se ha visto en esta tesis, fue impuesta a la fuerza en las costumbres de una comunidad; en la actualidad es objeto de diferentes problemas como, falta de apoyo estatal, corrupción, amenazas de diferentes actores, clientelismo y desarticulación con el ordenamiento institucional del país.

Las tensiones que se presentan en el ejercicio del derecho también dejan al descubierto que los consejos comunitarios siguen siendo una figura que no ha sido suficientemente estudiada, que resulta compleja frente al ordenamiento institucional colombiano, porque de un lado, se constituye como una persona de derecho privado, pero, cumple atribuciones que dan signos de derecho público. Funge como el elemento central para demostrar el carácter colectivo de un derecho que, como se ha demostrado en esta tesis, no es colectivo, sino sui géneris; que, además, es una autoridad de administración sin capacidad técnica y financiera que le permita fundamentar su accionar en el derecho al gobierno propio y a la autonomía. En este punto se suman al debate inquietudes como el ejercicio real del derecho a la autonomía y al autogobierno, para una autoridad con todas esas limitaciones. En otras palabras, ¿puede ser una realidad el derecho a la autonomía con estos presupuestos?, o el derecho a la autonomía de las comunidades negras y su condición de autoridad de administración interna, ¿no son más que una utopía? Con seguridad esta es una rica fuente de análisis para otros estudios doctorales.

Además, si se realiza un ejercicio de deducción, al no ser entidades territoriales y no contar con una asignación directa de recursos que incida en la contracción del recurso humano cualificado, ¿cómo cumplirían los consejos comunitarios las funciones con las cuales hasta las mismas autoridades ambientales tienen dificultades y omisiones? Para ello tiene que darse un cambio, una transformación no solo constitucional sino especialmente en el imaginario de la sociedad.

En virtud de lo anterior, la evolución del derecho no se dirige a mayores desarrollos legislativos frente al derecho de propiedad en sí, sino que se dará primero a nivel interno ;

es decir, se debe pensar en rescatar, rediseñar y reinventar algunas prácticas que se dan entre las familias e individuos sin tratar de asimilar y homologar la legislación civil. En ese sentido la evolución del derecho no será normativa sino dogmática y sustentada en acuerdos internos, con el apoyo de acciones estatales que impondrán límites más fuertes en temas como la minería o, en general, ante el aprovechamiento de los recursos naturales.

En relación con las tensiones intracomunitarias, las comunidades tendrán que iniciar verdaderos procesos de reflexión y diálogo tanto al interior de cada familia como de los pueblos, veredas o comunidades en general, sobre prácticas que han perdido y situaciones que han asimilado. Por ejemplo, en cada familia se debe repensar cómo se está dando la transmisión de las facultades de disposición del derecho a la propiedad; es decir, primero se debe pensar a quién se le está transmitiendo el derecho, debido a que originariamente se vendía, donaba o arrendaba exclusivamente a los integrantes de la familia bajo el concepto de familia extensa o extendida; sin embargo hoy muchas familias o individuos, utilizando la figura de la venta y el arrendamiento, permiten que personas que no se ubican en ese concepto ejerzan derechos derivados del derecho a la propiedad colectiva, como el de usar y aprovechar el territorio y sus recursos naturales.

Esos terceros que no hacen parte de la creación y el desarrollo histórico del derecho no comprenden la coexistencia de sus dos componentes (individualidad y colectividad) y, además, sus actividades causan grandes impactos sociales, económicos y ambientales en las comunidades y sus territorios.

En consecuencia, a nivel interno las familias, los individuos y los órganos de gobierno tienen una lista de tareas pendientes: primero, deben aceptar y asimilar como autoridad de gobierno la figura creada por la Ley 70 de 1993. Ese proceso de aceptación y apropiación que, hay que reconocerlo, ya tiene varios seguidores (en la actualidad muchos integrantes de los consejos comunitarios han entendido el rol protagónico que tienen en las juntas directivas por el acceso a espacios de poder, de interlocución con representantes del gobierno y de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, el control sobre el territorio, etc.), fortalecerá el aspecto colectivo legal del derecho, sin sustituir las

facultades materiales de decisión y disposición que a nivel individual tiene cada familia o persona. Sin embargo, esas facultades se verán condicionadas por los acuerdos a que lleguen los integrantes de cada consejo comunitario. De esa forma se reducirá la fuerza de lo que Antón (2015, p. 77) descubrió en las comunidades afrodescendientes de Ecuador y que denominó “existencia de dos tipos de regímenes de administración de los territorios”, el de las familias y el de sus órganos de gobierno.

De suerte que, aunque no exista una propuesta real para integrar los consejos comunitarios de comunidades negras a la estructura institucional del país, formalmente tampoco serán eliminados o menos modificados desde la legalidad: van a seguir existiendo.

Sin embargo, figuras creadas por las comunidades negras para recrear sus costumbres y prácticas ancestrales, como los consejos locales y los comités de mayores o juntas de ancianos, asumirán un rol protagónico en la solución de las tensiones identificadas. Esta estructura será la que verdaderamente tendrá una evolución en el marco del derecho en estudio, ya que los consejos mayores se dedicarán a incursionar en el escenario de la representatividad política y no en el ejercicio del derecho a la propiedad, delegando esa facultad en los consejos locales, con los que se debe realizar el trabajo de fortalecimiento.

Lo anterior, porque los consejos locales están más cerca de las familias y/o personas, responden verdaderamente a la tradición y al desarrollo histórico del derecho y, además, gozan de mayor aceptación en las comunidades.

Esa propuesta o visión no se puede generalizar debido a las diferencias entre comunidades negras en el país, ya que con base en sus costumbres cada comunidad tiene la potestad de organizar su funcionamiento; incluso en algunas comunidades negras no existe la figura de los consejos locales (que se recuerda no están contemplados en la Ley 70 de 1993 ni en el Decreto 1745 de 1995, sino que son una creación de las comunidades con fundamento en su derecho a la autonomía), o no tiene mayor uso o impacto en las decisiones de las comunidades, por lo que los consejos mayores son los que concentran todas las funciones, entre ellas, la de solución de cualquier controversia entre sus miembros.

Además, por el aspecto individual del derecho ancestral, cada familia o persona toma directamente decisiones frente al terreno que consideran de su propiedad, restringiendo las facultades del órgano de gobierno (por no decir que su influencia es nula) que representa, desde la legalidad, la parte colectiva del derecho a la propiedad de las comunidades negras. En tal sentido, el impulso a las discusiones y a la concreción de los acuerdos internos debe realizarla el consejo mayor.

Segundo. Deben iniciar un proceso de deconstrucción conceptual para comprender que el usufructo que tienen no es el mismo de la legislación civil y, por lo tanto, no pueden continuar en los reglamentos internos incorporando requisitos formales propios de esa legislación, como el levantamiento de escrituras de usufructo y su registro, condición que, por ejemplo, se exige en la legislación civil como un requisito de oponibilidad frente a terceros.

Entonces, si se tiene en cuenta lo explicado en este trabajo como el fundamento ético del derecho, ¿qué finalidad tiene incorporar en los reglamentos de los consejos comunitarios la exigencia de constitución y registro de usufructo, si una vez adquirido el derecho es imprescriptible e inembargable? Aunque por el desarrollo legal y jurisprudencial los territorios de grupos étnicos gozan de protección especial del Estado, en teoría no habría terceros, porque los actos de disposición se realizarían directamente entre los miembros del consejo comunitario y/o del grupo étnico.

Siendo así, esa incorporación civilista no tiene ningún sentido, incluso más, si las comunidades rescatan la tradición de vender, comprar, arrendar, heredar o donar entre los miembros de la familia extensa y aceptan el cumplimiento de sus acuerdos internos.

Tercero. Es necesario invertir tiempo en la generación de más espacios internos fuera de las asambleas generales del consejo comunitario para discutir y reconocer la importancia de los reglamentos internos como estrategia y herramienta para garantizar y establecer las condiciones frente al uso y aprovechamiento de recursos naturales, es decir, los mínimos y máximos de las actuaciones en el territorio. Es necesario cumplir la tarea dispuesta en la normatividad y expedir todos los reglamentos que hacen falta en los consejos comunitarios,

como el del erróneamente llamado usufructo, los protocolos para la solución de conflictos a nivel interno, la actualización de censos, etc.

Para avanzar en ese proceso de evolución interna del derecho es necesario que los consejos comunitarios tomen la decisión de organizar su funcionamiento, es decir, “arreglar la casa”, de forma responsable, a largo plazo, a fin de que se genere confianza y se logre avanzar en la estructuración de aspectos sociales, económicos y ambientales que trasciendan la sola elaboración de proyectos ideados para captar recursos financieros de diversas fuentes.

Además, es preciso contar con el apoyo y la decisión del Estado colombiano para asumir la realidad institucional creada y, en consecuencia, diseñar programas, proyectos y políticas públicas que reconozcan las particularidades del derecho a la propiedad colectiva y no reproduzcan el imaginario del derecho colectivo, es decir, que no se concentren en actividades y talleres de capacitación exclusivamente para miembros de juntas directivas o representante legal del consejo comunitario que, también se debe decir, erróneamente se considera que son el consejo comunitario y no todos sus integrantes; o la asignación de recursos para el desarrollo de proyectos productivos administrados por esos órganos, teniendo en cuenta que cada familia también tiene facultad de disposición de su derecho.

Cuarto. Las facultades materiales de disposición del derecho continuarán en el ámbito individual, es decir, corresponderán a cada familia o persona según la tradición de ocupación del territorio en cada comunidad negra. Sin embargo, por las situaciones actuales ya mencionadas, como el deterioro ambiental, es posible que sean sometidas a condiciones y restricciones creadas y concertadas en cada comunidad. Sin embargo, las aspiraciones derivadas de esas facultades individuales, por ejemplo, la exclusividad en zonas mineras de comunidades negras o el otorgamiento de permisos mineros, no irán más allá de los procesos de concertación, a menos que se produzcan cambios constitucionales frente al derecho a la consulta previa que se traduzcan en el consentimiento libre, previo e informado para esos casos.

Ahora bien, las tensiones extracomunitarias pueden surtir efecto si se producen cambios normativos. Por ejemplo, para que en las relaciones entre consejos comunitarios y

municipios se dé una evolución en temas de ordenamiento territorial que permita ir más allá de cumplir con la formalidad de garantizar la participación de las comunidades negras con un representante o mediante reuniones de presentación del plan de ordenamiento territorial municipal, tendrán que darse cambios legislativos en los que se establezca la obligatoriedad de incorporar en dichos planes el ordenamiento realizado por las comunidades negras en sus territorios, pues de lo contrario continuará habiendo una participación formal para cumplir requisitos de ley.

De igual manera, en las relaciones con los propietarios privados que se ubican en los territorios colectivos los consejos comunitarios demandarán del Estado la tarea pendiente del saneamiento de sus territorios. Aunque, con el panorama que se presenta frente al reclamo de territorio en el marco de los acuerdos de paz esos procesos seguirán siendo lentos y, además, muy escasos, porque demandan del Estado capacidad institucional y recursos económicos para la adquisición de predios.

En consecuencia, imaginar qué pasará con el derecho a la propiedad colectiva y, por ende, con sus tensiones, es un ejercicio que nos retrotrae a discusiones teóricas respecto de las particularidades internas del derecho, como la titularidad, o los dos espacios, componentes o elementos que no se pueden escindir en el derecho: la individualidad y la colectividad, o sus signos públicos y privados, lo cual demuestra, además, su carácter peculiar y las implicaciones de la incomprensión de un derecho que claramente se presenta como *sui generis*.

Cuarta reflexión

La conceptualización de lo que se ha denominado “usufructo” en el ejercicio del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un elemento clave que revela la existencia de una visión del derecho que se aleja del imaginario de buena parte de la sociedad colombiana (academia, jurisprudencia, doctrina, gobierno); en otras palabras, el reconocimiento de facultades exclusivas a favor de determinadas familias y/o personas hace la diferencia y le da singularidad al derecho en estudio.

Gracias a esas facultades originadas en el proceso histórico de apropiación del territorio y reconocimiento de las comunidades negras como sujetos de derecho, la conceptualización del derecho a la propiedad colectiva trasciende el encuadramiento y categorización que la doctrina y la jurisprudencia colombianas han establecido, amparadas en una comparación con las comunidades indígenas y con el derecho a la propiedad desde una mirada occidental.

Además, el denominado “usufructo” se convierte en uno de los detonadores de tensiones tanto al interior como al exterior de los consejos comunitarios de las comunidades negras. Siendo las tensiones intra y extracomunitarias parte de la realidad fáctica diaria en los territorios colectivos, es posible que se desencadenen conflictos que exijan un mayor análisis, y más estudios de caso en los que se pueda realizar la interacción y la observación directa con los actores del derecho para seguir subrayando sus particularidades. En todo caso, este capítulo sigue mostrando las diferencias entre el usufructo de la legislación civil y el de las comunidades negras.

Las tensiones identificadas entre miembros del consejo comunitario, o entre el consejo y actores externos, también son fruto del imaginario incorporado en la normatividad y en la institucionalidad del país, debido a que se conceptualiza el derecho estrictamente como un derecho colectivo, cuando su ejercicio demuestra que en su totalidad no puede reglamentarse como tal. Se trata de un derecho sui géneris que tiene elementos mixtos de uno y otro derecho.

Las tensiones que se generan, por ejemplo, entre la figura que representa al gobierno propio de las comunidades negras con actores externos parten de ese imaginario, porque otras autoridades toman decisiones que tienen impacto en un territorio administrado desde el papel por una autoridad interna, que se supone tiene un control y toma todas las decisiones al interior de un consejo comunitario, pero en la práctica dicho órgano de gobierno, además de no tomar todas las decisiones y no tener facultades para el ejercicio del derecho, tampoco tiene la suficiente fuerza, estructura, disponibilidad de recursos financieros y poder, para concertar, coordinar o controvertir las decisiones de otras autoridades.

De igual manera, las tensiones intracomunitarias dan cuenta de la urgencia de construir reglamentos internos y protocolos que partan del proceso histórico, las costumbres y realidades de cada comunidad negra, dejando de lado las conceptualizaciones propias de la legislación civil colombiana (amigable composición, métodos alternativos de solución de conflictos, etc.), tarea difícil por cuanto exige un proceso de deconstrucción de la asimilación en la que están inmersas en la actualidad las comunidades negras del país.

Por su parte, las tensiones extracomunitarias también muestran las tareas pendientes del Estado con las comunidades negras en temas como el saneamiento de territorios colectivos, y la autonomía administrativa y financiera de sus órganos de gobierno. Aún más, desde hace más de veinte años está pendiente la tarea de reconocer como verdaderas sus autoridades para avanzar en otros escalones que no se reduzcan a la articulación y a la coordinación.

De esa forma, las tensiones analizadas se refieren a controversias que se originan en la base conceptual del derecho y no por confrontación entre derechos, pues no se trata de la aplicación o no, por ejemplo, del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la educación, sino una discusión interna acerca del derecho, que ha sido encasillado bajo un solo rótulo. El origen de las tensiones no son las funciones en sí mismas, sino la creación legal de un derecho con características especiales, pero al que se le intenta dar un tratamiento que no corresponde con esa especialidad.

El ejercicio reflexivo de este capítulo también reconfirma que la conceptualización incorporada en la legislación especial de las comunidades negras respecto del “usufructo” no es adecuada y no debe guiarse por la legislación civil clásica, sino que debe rescatar la tradición y la cultura de cada comunidad.

Precisamente, la cultura y la historia son elementos esenciales para comprender que las transacciones que se derivan de la facultad de disposición material del derecho a la propiedad colectiva siempre han estado presentes en la apropiación del territorio y, por consiguiente, en la forma en que se concibe el derecho a la propiedad. Sin embargo, se observa que la compra, venta y arriendo ha sufrido algunas mutaciones, pues

originariamente solo se daba entre parientes, entre miembros de un pueblo o caserío, por lo cual se planteó para los miembros de una misma comunidad y así quedó incorporado en la ley; sin embargo, en el ejercicio del derecho el poder de la titularidad peculiar surte sus efectos y las transacciones se alejan cada vez más de las restricciones establecidas por la Ley 70 de 1993.

En definitiva lo que se quiere dejar planteado es que, fuera de otras explicaciones teóricas de las tensiones y conflictos que se generan al interior de territorios colectivos de comunidades negras, en esta tesis se indagó por una causa más profunda en la que, más que establecer una posición extrema frente a una u otra categoría de derecho, se fundamentó la ilusión de demostrar que un derecho puede tener varios rótulos, puede tener elementos de una y otra construcción teórica, situación que incidirá en los mecanismos jurídicos para su protección, que por lo general son diseñados pensando en una sola categoría de derecho y no en derechos que integran elementos de varias categorías.

Para finalizar, si se pregunta por la categoría a la que pertenece el derecho a la propiedad colectiva, la respuesta es que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia, *es un derecho distinto, especial, sui géneris*; se trata de una nueva categoría de derecho que representa una evolución del discurso de los derechos en el que las esquematizaciones quedan en el pasado y se abren las puertas a nuevas relaciones jurídicas construidas desde las formas tradicionales de convivencia de determinados grupos. Ahora bien, el espacio para una nueva investigación sería cómo proteger ese derecho, qué mecanismos se pueden utilizar para salvaguardar los derechos que tienen una naturaleza distinta, lo cual sería fuente para otra tesis doctoral.

Conclusiones

Desde la mentalidad normativista que en gran medida impulsa a los abogados, indagar por los derechos se reduce a una tarea de revisión normativa y de esquematización. Sin embargo, el derecho que guía el estudio realizado en la presente tesis doctoral se presenta como una entidad distinta, singular y compleja, que convoca a una reestructuración conceptual sobre la forma de estudiar y concebir los derechos. De ahí que estas líneas se

concentraron en descubrir a través de un estudio dogmático argumentos para demostrar que *el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia es un derecho sui géneris*.

Durante el recorrido teórico de los cuatro capítulos que integran el cuerpo del presente trabajo se identificaron situaciones que ayudaron a revelar nuestra hipótesis, a saber:

1. Una conceptualización generalizada y totalizadora del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, que parte de la idea preconcebida de agrupar todos los derechos de ese grupo étnico como derechos colectivos, y amparada fundamentalmente en el siguiente argumento: Se trata de un derecho adjudicado a un grupo sobre un bien colectivo, donde todas las decisiones se toman en forma colectiva y, por lo tanto, es un derecho colectivo.
2. Una conceptualización del derecho permeada por la incorporación de la legislación civil arraigada en el imaginario histórico de las comunidades, y que cada vez está tomando más espacios en el ejercicio del derecho. En consecuencia, una conceptualización errónea de la forma original de propiedad de las comunidades negras, asimilada con la propiedad civil clásica, en especial, con el usufructo de la legislación civil, condición que, además, subsume el derecho en categorías tradicionales como la del derecho real.
3. Un fundamento ético que demuestra la crisis de los atributos tradicionales del derecho cuando se trata de la propiedad de las comunidades negras que reivindican el elemento histórico como fuente de creación de prácticas culturales diferentes, y del mismo proceso de normativización, lo que hace singular el derecho en estudio y necesaria la aplicación del principio de la interculturalidad.
4. Un proceso de normativización o positivación del derecho que no se reduce a la Ley 70 de 1993, que no se corresponde con la realidad histórica y cultural de las comunidades negras, y en el cual subyace la homologación con el imaginario de lo que es un grupo étnico a partir de las comunidades indígenas; proceso que, además, contribuye a la confusión entre propiedad comunal y propiedad colectiva, a continuar con la

invisibilización y el desconocimiento del origen, las especificidades y el desarrollo histórico de las comunidades negras, así como a permear las decisiones estatales para la protección y garantía de los derechos del grupo étnico.

5. Un proceso reciente de adaptación y apropiación social de figuras creadas como consecuencia de una normativización que parte de conceptos preconcebidos.

6. Realidades sociales que están transformado el origen y el desarrollo histórico del derecho, a saber: el desplazamiento forzado, el conflicto armado, el postconflicto, los fenómenos de corrupción, la debilidad institucional y organizativa, etc., que, además, dejan al descubierto las tensiones internas y externas que se suscitan por la conceptualización errónea de un derecho que no comprende su especialidad.

De esta manera, el trabajo conceptual realizado permite ratificar la hipótesis de la tesis doctoral. Nuestra apuesta académica que inicialmente intentó contribuir a cambiar el rumbo de los trabajos que se realizan en el país sobre las comunidades negras resulta un desafío teórico que rompe esquemas frente a la conceptualización de un derecho, respecto del cual se da por sentado que no hay nada más que decir, pues, ya ha sido normatizado. Por eso, para concluir esta discusión, nos centraremos en justificar que

El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras es un derecho sui géneris.

El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras está integrado por varios componentes que lo estructuran como un derecho especial con contenido distinto. Aunque, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del país casi religiosamente se ha categorizado como un derecho colectivo por ser un derecho de un grupo étnico, en esta tesis se ha demostrado que es un derecho especial, peculiar, que no coincide con las descripciones en que generalmente se encuadran los derechos en determinada categoría.

El fundamento del anterior argumento se sustenta en las particularidades que se dan en el derecho descritas en los capítulos segundo y tercero, no por casualidad, sino por el origen y desenvolvimiento de la situación histórica que amparó el reconocimiento de las comunidades negras en Colombia, primero como sujetos titulares de facultades, y luego,

con el consecuente reconocimiento de derechos, entre ellos, el derecho a la propiedad colectiva.

Es un derecho que no se circunscribe a las categorías tradicionales de derecho individual, derecho colectivo y derechos reales, pero que es fundamental, principalmente, por un criterio material, abierto y flexible, que en esta tesis se denominó “ancestral”, por tratarse de un derecho reconocido por el Estado colombiano, debido a que las comunidades comprenden que tienen un derecho sobre los territorios que tradicionalmente han ocupado antes de su normativización.

En este sentido, lo que lo hace sui géneris es la coexistencia de varios aspectos que concurren en el derecho de forma inescindible: tiene un componente individual y colectivo, al igual que signos de derecho público y de derecho privado que conviven simultáneamente, lo que refleja su condición particular.

Además, es un derecho con contenido doble (uno que se asemeja en algunos aspectos a la propiedad privada individual, y se trata del usufructo, y otro, a la propiedad colectiva) del que se desprende un haz de facultades de disposición material tanto en el componente individual (familias e individuos) como en el componente colectivo (estructura organizativa del consejo comunitario y prácticas tradicionales).

De esa manera, es un derecho que transita entre la individualidad y la colectividad sin exclusión de uno u otro aspecto; de un lado, la individualidad tiene que ver con el reconocimiento de espacios y decisiones que corresponden principalmente a familias, pero con base en sus costumbres y prácticas tradicionales, especialmente las de producción, pues así era originariamente.

La individualidad no tiene que ver estrictamente con un ser físico, con una persona, sino con el reconocimiento de algo que pertenece a una familia, a un espacio familiar, y con la capacidad de cada familia o individuo de tomar decisiones respecto a su derecho, y la colectividad no se restringe a la propiedad de un grupo de personas, sino que incluye compartir lazos históricos comunes, espacios comunes y prácticas comunes; además, la

capacidad para resolver conflictos a nivel interno y la presentación de permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de los recursos naturales también dan cuenta de este aspecto.

Esta dualidad lo presenta como un derecho distinto. No obstante las confusiones conceptuales predominantes que por el solo hecho de pertenecer a un grupo lo ubican en la categoría de derecho colectivo, la cual, por demás, conceptualmente todavía no ha sido suficientemente acotada en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pues aún subsisten diferentes visiones respecto de lo que es un derecho colectivo que, en todo caso, no se corresponden con las condiciones especiales del derecho objeto de disertación en la presente tesis doctoral. El derecho a la propiedad de las comunidades negras no cumple con todas las condiciones y características identificadas y definidas por la doctrina para pertenecer o ubicarse en la categoría de derecho colectivo, principalmente, en cuanto a la voluntad colectiva, la disposición del derecho, la titularidad, el objeto del derecho y el tipo de derechos reconocidos; es decir, no es ni un derecho individual ni un derecho colectivo.

Aún más, el derecho en estudio no puede categorizarse bajo este rótulo porque no es posible escindir los dos componentes, no se pueden desligar el uno del otro, ambos están presentes en el derecho no solo por disposición y desarrollo legal sino también por aspectos históricos que fueron reseñados al explicar el fundamento ético del derecho y el mito del usufructo. Lo anterior, por cuanto, según las definiciones doctrinales, para hablar de derechos colectivos deben coexistir simultáneamente un bien colectivo y un grupo que toma todas las decisiones de forma colectiva.

El derecho que para esta tesis ha sido incomprendido y conceptualizado de forma errónea, se debate entre lo individual y lo colectivo, entre lo público y lo privado, pero el debate no tiene un resultado final que excluya, sino que se trata más bien de coexistencia. Esa coexistencia entre la individualidad y la colectividad, entre lo público y lo privado, sumada al origen histórico y las prácticas culturales, concurren en elementos que en esta tesis se han llamado mixtos y conforman la estructura del derecho, como:

1. La dualidad de la titularidad del derecho, que corresponde tanto a una figura extraña al origen histórico del derecho, que en la actualidad está siendo aceptada y apropiada por las comunidades y los consejos comunitarios, como a la titularidad de las familias o individuos que con sus tradiciones recrearon este tipo de propiedad.

2. Los componentes público y privado que subsisten sin exclusión en el derecho. Del componente público tiene la condición de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y la propiedad sobre recursos naturales que ordinariamente son propiedad del Estado se adquiere mediante un procedimiento administrativo que culmina con la adjudicación de un título donde se reconoce la propiedad, además, su órgano de gobierno ejerce funciones que también ejercen entidades del Estado. Del componente privado tiene la figura de organización creada para administrar el derecho y el reconocimiento de facultades de disposición material exclusivas de familias e individuos que tienen su origen en la concepción privada individual de la propiedad (arrendamiento, venta, donación, etc.) que permite la división material del derecho.

3. El ejercicio de facultades de disposición material del derecho, en especial la venta condicionada, que a través de la historia ha estado presente en el ejercicio del derecho pero en condiciones distintas a las actuales. Esas facultades demuestran, además, la individualidad del derecho, la inexistencia de una comunidad de bienes y la coexistencia de elementos en el derecho. De esa forma el poder de decisión en el derecho está distribuido y desconcentrado en las familias e individuos que hacen parte de cada comunidad negra.

4. El contenido del derecho trasciende las facultades jurídicas y materiales que desde la legislación civil clásica se atribuyen a la propiedad, pues comprende además los conceptos de identidad y subsistencia del grupo étnico, y los de función social y ecológica.

Debido a su fundamento ético y su finalidad el derecho a la propiedad no es un derecho de contenido exclusivamente patrimonial, lo que implica la existencia de relaciones jurídicas, una fuente de creación y un objeto con particularidades especiales. Por su parte, el contenido del derecho a la propiedad colectiva no se limita a las facultades que generalmente se endilgan al derecho de propiedad, como la disposición, el uso y el goce,

sino que obedece a un concepto más amplio que integra las facultades, la finalidad, los derechos y deberes derivados del reconocimiento del derecho, y el ejercicio del “usufructo” y de la función social y ecológica de la propiedad, que aquí está aumentada, por lo que dicho contenido no son solo las facultades antiguas de la legislación civil sino todos los elementos que definen el derecho, es decir, desde las relaciones jurídicas que van más allá de la cosa hasta las relaciones que se suscitan entre los miembros de cada comunidad.

5. Los atributos del derecho son distintos a los de la legislación civil, puesto que es dualista, restrictivo en la facultad de disposición, es particular y parcial o desconcentrado, imprescriptible en un sentido distinto ya que no se pierde por ausencia, es histórico, consensuado, holístico, colectivo y tiene una existencia condicionada.

6. El fundamento ético y el origen del derecho tienen que ver con elementos históricos que están presentes en el concepto que las comunidades negras elaboraron en cuanto a la propiedad y las facultades permitidas o restringidas en el uso y aprovechamiento del territorio, y en el ejercicio de sus prácticas producto de la esclavitud, su cimarronaje, la lucha por la libertad y el reconocimiento formal del Estado colombiano.

De esta forma el derecho a la propiedad colectiva parte de presupuestos ontológicos especiales que rompen con la filosofía tradicional que trata de ubicar el derecho en una u otra categoría, lo que convoca a repensar desde el Estado las políticas y programas diseñados e implementados en territorios colectivos de comunidades negras, entre otros capacitaciones para miembros de juntas directivas de consejos comunitarios, proyectos productivos que parten de las decisiones del representante legal de un consejo comunitario, definición del predial afro, además de los mecanismos jurídicos utilizados para la protección de los derechos, que normalmente esquematizan y responden a X o Y categorías del derecho, por ejemplo, las acciones individuales para la protección de derechos individuales y las acciones colectivas para la protección de derechos colectivos.

Desde las comunidades negras son necesarios procesos internos respecto del ejercicio de las facultades de disposición del derecho, y en general de las implicaciones de su conceptualización como un derecho especial.

Esos elementos hacen que este derecho sea singular y excepcional, porque en general desde la teoría los derechos se esquematizan, se ubican conceptualmente en una u otra orilla; sin embargo, al tener todos esos rasgos, el derecho en estudio es al mismo tiempo único en su tipo, a pesar de que en el país le ha sido reconocido también a otros grupos étnicos.

Lo que lo hace singular son los elementos mixtos que no permiten incluir el derecho en estudio en las categorías tradicionales y, por lo tanto, requiere de una interpretación especial que puede hacer pensar en excepciones únicas cuando se trate de garantizarlo.

De esa forma el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras resulta ser un derecho extraño en la teoría de los derechos porque, además, por lo general los derechos de los grupos son derechos colectivos o, si se trata del derecho a la propiedad, son derechos reales individuales y privados, o bien, si se trata de derechos fundamentales el fundamento clásico para su amparo es el concepto de dignidad humana.

Sin embargo, en el derecho en estudio priman otros elementos en su conceptualización y ejercicio, principalmente el aspecto histórico y cultural que hace que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras tenga tanto un fundamento ético como uno jurídico, lo que trasciende la sola conceptualización del artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991, y la misma normatividad especial que debe nutrirse de los acuerdos y consensos construidos en cada consejo comunitario, reconociendo la especificidad propia del grupo étnico, pues entre comunidades negras también hay diferencias.

Estos aspectos o elementos históricos y culturales, también evidencian que el derecho ejercido por las comunidades negras está permeado por la legislación civil clásica, al punto de incorporar figuras como el usufructo, que se corresponde más con el concepto y atributos de la propiedad civil clásica que con la forma de propiedad originariamente ejercida por las comunidades negras. La revisión de esa figura bajo la dogmática del derecho civil permite demostrar que el usufructo de la legislación civil es diferente a la forma de propiedad que ejercen las comunidades negras, no obstante que su reglamentación como “usufructo” por las mismas comunidades ratifica la idea esbozada en párrafos anteriores, en cuanto a que es un fenómeno invisible que desde la esclavitud ha venido

calando en los procesos de este grupo étnico como es la incorporación de la legislación civil.

Respecto de ese fenómeno es imperioso precisar que por la condición diferente, sui géneris, del derecho, la solución de las tensiones internas y externas que se presentan en su ejercicio, si se tienen en cuenta los elementos histórico y cultural, no deben partir de soluciones normativas que reproduzcan la remisión a la legislación civil. Deben ser las comunidades las que a partir de sus realidades rediseñen la evolución del derecho.

Con las anteriores consideraciones, termina una parte de la tarea que hace unos años imaginó el señor Abigail Serna (q.e.p.d), pues la comprensión de un derecho es una labor dinámica que no se suspende en el tiempo, sino que depende y se transforma al ritmo de la influencia de los cambios sociales.

Bibliografía

Libros

Acedo, A. (2013). *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. Madrid: Dykinson.

Adrogué, M. (1991). *El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Agudelo Ramírez, M. (2011). *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*, Bogotá: Temis.

Agudelo, C. (2005). *Retos del multiculturalismo en Colombia*. Medellín: Institut de Recherche pour le Développement, Intituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y La Carreta Editores E.U.

Alexy, R. (1994). *El concepto de validez del Derecho*, J. M. Seña (trad.). Barcelona: Gedisa (original publicado en 1992).

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. C. Bernal Pulido (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alessandri, R.; Somarriva, M. y Vonadovich, A. (1993). *Tratado de los derechos reales*. t. I. A. Vonadovich (ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Altamira y Crevea, R. (1981). *Historia de la propiedad comunal*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

Angarita Gómez, J. (2004) *Lecciones de Derecho civil*. t. II. Bienes. Bogotá: Temis.

Antón, Jh. (2015). *El derecho al territorio ancestral Afroecuatoriano en el Norte de Esmeraldas*. Quito: Editorial IAEN.

Anzola, N. (1918). *Lecciones elementales de derecho civil colombiano. Curso Primero Libros 1.º y 2.º*. Bogotá: Casa Editorial de Arboleda y Valencia.

Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Areán, B. (2003). *Derechos reales*. Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma.

Arévalo Guerrero, I. (2012) *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia en

Arteaga, J. (1994). *De los bienes y su dominio*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Arce y Cervantes, J. (1990). *De los bienes*. México: Porrúa.

Arias, F. (2008). *Bienes civiles y mercantiles*. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez.

Balestrini, B. (1997). “El Derecho de propiedad”. *Universitas Jurídica*, 93, 239-237.

Barassi, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II, R. García de Haro y M. Falcón y A. Plasencia (trads.). Barcelona: Bosch (original publicado en 1942).

Barbosa Delgado, F. (2012) *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ballester, G. (1989). *Derechos reales: de los bienes a la hipoteca*. Valencia: Organización Bello Barcos.

Barragán, A. (1971). *Derechos reales*. Bogotá: Temis.

Beitz, Ch. (2012). *La idea de los derechos humanos*. H. Omar y C. Fatauros (trads.). Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales (original publicado en 2009).

Bejarano, R. (1993). *Las acciones populares*. Bogotá, Ediciones Forum Pacis.

Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Betancourt, M. (1996). *Derecho privado, categorías básicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Betancur, J. y Coronado, S. (2012). *Derechos territoriales de las comunidades negras: una mirada desde la diferencia*. Bogotá: Observatorio de Territorios Étnicos.

Böckenförde, E-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. L. Requejo e I. Villaverde (trads.). Baden-Baden: Nomos Verl-Ges (original publicado en 1993).

Bobbio, N. (2013). *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. C. Bernal Pulido (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borda, G. (1992). *Tratado de derecho civil. Derechos reales II*. Buenos Aires: Perrot.

Borrero, G. (2014). *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia: una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho-Área Curricular.

Canal, G. (1953). *Función social de la propiedad. Prospecto histórico, filosófico y jurídico*. Bogotá: Antares.

Casal, J. M. (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Venezuela, Legis.

Cañón, P. (1984). *Derecho civil*, t. II. Vol. I, *Bienes, derechos reales*. Bogotá:

Carvajal, B. (2005). *El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Carrejo, S. (1962). *Derecho Civil II. Curso (Bienes-Derechos Reales)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carrero, S. (2004) *Sociología y prensa judicial*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos. Editorial Dykinson.

Casal, J. (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Venezuela: Legis.

Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato “COCOMACIA”, Red de Solidaridad Social, Presidencia de la República. (2002). *Medio Atrato territorio de vida*. Bogotá, Quebecor World Bogotá.

Colombia. Ministerio del Interior Dirección de Asuntos para Comunidades Negras Ministerio del Medio Ambiente, Proyecto Biopacífico. (1996). *Derechos de las Comunidades Negras, Compendio Legislativo sobre la Población Afrocolombiana*, Bogotá, Ministerio del Interior, Ministerio del Medio Ambiente.

- Coronado Delgado, S. (2009). *Derechos a la tierra y al territorio*. Bogotá: CINEP.
- Correa, M. (2003). *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Corporación Promotora de Comunidades Municipales de Colombia. (s.f). *Derechos y ofertas institucionales para poblaciones vulnerables. Afrocolombianos*. Bogotá: PROCOMUN.
- Cepeda, M. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.
- Chinchilla, T. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Chaustre, P. (2009). *Daño en la colectividad. Derechos e intereses difusos y colectivos de las acciones populares y de grupo*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Dabin, J. (1955). *El derecho subjetivo*. F. Osset (trad.). Madrid: Revista de Derecho Privado (original publicado en 1955).
- De Asís, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson.
- De Asís, R. (2005A). *Cuestiones de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Diócesis de Quibdó. (1993). *Territorialidad y derechos del pueblo afrocolombiano. Propuesta de las comunidades negras de Colombia sobre la formulación de la ley que ordena el artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional*. Quibdó, Chocó: Diócesis de Quibdó y Gráficas La Aurora.
- Domínguez García Villalobos, A. (1993). *El Usufructo*. México: Porrúa.
- Duguit, L. (1999). *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*. París: La Mémoire du Droit.

Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho (Público y privado)*. A. Posada, R. Jaén y C. Posada (trads.). Buenos Aires,: Heliasta.

Ferrari, V. (2014). *Funciones del derecho*. M. J. Añón Roig y J. de Lucas Martín (trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (original publicado en 1987).

Ferrari, V. (2012). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del Derecho*. S. Perea Latorre, (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (original publicado en 2004).

Gaceta del Congreso de la República de Colombia (1993). “Proyecto de Ley 329 de 1993 por el cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política de Colombia”. Año II. n.º 167. Sesión ordinaria del 2 de junio de 1993.

Garcés, S. (2001). *Tierras de comunidades negras II. Manual de procedimiento para el trámite de las solicitudes de titulación colectiva de las tierras de comunidades negras*, Bogotá: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

García Inda, A. (2002). *Materiales para una reflexión sobre derechos colectivos*. España, Dykinson.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós Ibérica.

Gatti, E. (1984). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gonzáles Barrón, G. (2005). *Derechos reales*. Lima: Jurista Editores.

González Villa, J. (2006). *Derecho ambiental colombiano. Parte especial*, t, II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Grossi, P. (1986). *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*. J. Bignozzi (trad.). Barcelona: Ariel (original publicado en 1977).

Gómez, J. (1981). *Bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez, I. (1999). *Manual de civil bienes y derechos reales*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

Grossi, P. (1992). *La propiedad y las propiedades. Análisis histórico*. Á. M. López López (trad.). Madrid, Civitas.

Guayacán, J. (2013). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (1978). *Apuntes de Derecho Romano. Bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia:

Hinestroza, L. (2008). *Declaración de áreas protegidas en territorios colectivos de comunidades negras en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hoffmann, O. (2007). *Comunidades negras en el Pacífico colombiano. Innovaciones y dinámicas étnicas*. C. Pascal (trad.). Quito, Ecuador: Instituto Francés de Estudios Andinos, Institut de Recherche Pour le Développement (IRD), Ediciones Abya-Yala (original publicado en 2004).

Josserand, E. (1952). *Derecho civil*. t. I. *La propiedad y los otros derechos reales y principales*. revisado y completado por Brun André S. Cunchillos y Manterola (trad.). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia.

Julio Estrada, A. (1997). *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Julio-Estrada, A. (2000). *Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós (original publicado en 2001).

Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. T. Fernández y B. Eguibar (trads.). Barcelona: Paidós Ibérica (original publicado en 2001).

Kymlicka, W. y Banting, K. (2007). *Derechos de las minorías y estado bienestar*. F. Ibarra (trad.) México: Universidad Nacional.

Kymlicka, W. (2009). *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. F. Beltrán (trad.). Barcelona: Paidós Ibérica (original publicado en 2007).

Lafaille, H. (1943). *Derecho civil*, t. III. *Tratado de los derechos reales*. Vol. I. Buenos Aires: Compañía de Editores.

Laquis, M. (1979). *Derechos reales*. t. II. *Propiedad y dominio – El Dominio en el Código Civil – Propiedad Intelectual – Propiedad Industrial – Adquisición y pérdida del dominio*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Lasarte, C. (2005). *Principios de Derecho Civil. Propiedad y derechos reales de goce*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Lasarte, C. (2008). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Locke, Jh. (1989). *Ensayo sobre el gobierno civil*. A. Lozano (trad.). Madrid: (original publicado en 1690).

López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel.

López Cadena, C. (2015). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: concepto, justificación y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lowie, R. (1947). *La sociedad primitiva*. A. Bignami (trad.). Buenos Aires: Amorrortu (original publicado en 1920).

Madrid-Malo Garizábal, M. (1992). *Derechos fundamentales*. Bogotá: ESAP.

Machado, A. (2009). *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia: de la Colonia a la creación del Frente Nacional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID).

Malaurie, Ph. y L. Aynes (2013). *Los bienes*. París: Defrenois, Lextenso.

Martín-Retortillo, L. (2009). *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.

Massimo Bianca, C. (2007). *Derecho civil*. 3. *El contrato*. F. Hinestrosa y É. Cortés (trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (original publicado en 2000).

Maya, L. A. (2005). *Brujería y reconstrucción de identidades entre los africanos y sus descendientes en la Nueva Granada. Siglo XVIII*. Bogotá: Ministerio de Cultura.

Mazeaud, H.; L. Mazeaud y J. Mazeaud (1959). *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera*. Vol. I. *Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos*. L. Alcalá Zamora (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mendoza Pérez, D. (1983). *Evolución de la propiedad en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial, Programa BID-Plan Pacífico (2007). *Proyecto de ley reglamentario de los capítulos IV, V y VII de la Ley 70 de 1993. Versión junio de 2007*. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial.

Ministerio de Medio Ambiente, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Proyecto Zonificación Ecológica de la región del Pacífico colombiano. (1999). *Paisajes vividos y*

paisajes observados. La percepción territorial en la zona ecológica del Pacífico colombiano. Bogotá: Gente Nueva.

Ministerio del Interior, Dirección General para comunidades negras, minorías étnicas y culturales. (2001). *Los consejos comunitarios en el escenario de lo local.* Bogotá: Ministerio del Interior, Dirección General para comunidades negras, minorías étnicas y culturales.

Ministerio de Justicia y del Derecho (1995). *Alcances y resultados de la Ley 70 de 1993: Investigación sobre negritudes, Resumen Ejecutivo.* Bogotá: Ministerio de Justicia.

Montés, V. (1980). *La propiedad privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo. (un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978).* Madrid, Civitas.

Mosquera Mosquera, S. (2004). *La gente negra en la legislación colonial.* Medellín: Editorial Lealón.

Mosquera, S. (2001). *Visiones de la espiritualidad afrocolombiana.* s.l.

Mosquera Rosero-Labbé, C. y R. León Díaz (2009). *Acciones afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal.* Bogotá: Universidad Nacional, Sede Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas.

Mosquera Rosero-Labbé, C. y L. C. Barcelos (2007). *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales (CES).

Musto, N. (s.f). *Derechos reales*, t. I. Argentina: Rubinzal y Culzoni.

Novoa, E. (1979). *El Derecho de propiedad privada.* Bogotá: Temis.

Ocampo, F. (1996). *Derecho territorial de las comunidades negras.* Bogotá: Nueva América.

Ochoa, R. (2003). *Bienes, estudios sobre los bienes, la propiedad y los otros derechos reales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Ochoa, R. (2009). *Propiedad y dignidad. El derecho de propiedad: ni derecho natural, ni derecho fundamental*. Bogotá: Temis.

Ochoa, R. (2011). *Bienes*, Bogotá: Temis.

Olof, H.; Mazzot, J. y Santos Caicedo, J. (2003). *Ley 70 de 1993, Ley de Comunidades Negras. Un aporte de la Afrocolombianidad a la construcción de la paz en Colombia y en el mundo*. Bogotá: 3 Mundos Editores.

Ó Loingsigh, G. (2013). *La reconquista del Pacífico: invasión, inversión, impunidad*. Bogotá: Proceso de Comunidades Negras (PCN), Coordinador Nacional Agrario (CNA).

Organización Internacional del Trabajo (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (1989, num. 169). Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT.

Osuna, N. (1998). *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Oslender, U. (2008) *Comunidades negras y espacio en el Pacífico colombiano. Hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e historia, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Universidad del Cauca, Colección Antropología en la Modernidad.

Nino, C. (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós.

Papaño, R.; Kipper, C., Dillon, G. y Causse, J. (1995). *Derechos reales*. t. I. Buenos Aires: Depalma.

Papacchini, A. (1995). *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Universidad del Valle, Facultades de Humanidades y Artes.

- Paz, J. (2014). *Los afrocolombianos y el territorio: análisis desde la teoría de la captura del Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado.
- Peña, E. (1995). *El derecho de bienes*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Wilches.
- Peñailillo, D. (1997). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez-Luño, A. (1995). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez-Luño, A. (2006). *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Arazandi.
- Psciotti, D. (2001). *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pimiento, J. A. (2010). *Teoría de los bienes de uso público*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Pimiento, J. A. (2015). *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pipes, R. (1999). *Propiedad y libertad*. Josefina de Diego (trad.). México: Turner Publicaciones, S.L.
- Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2011). *Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011. Colombia rural. Razones para la esperanza*. Bogotá: INDH.
- Raz, Jh.; Alexy, R. y Bulygin, E. (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Recasens, L. (1993). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.

Rengifo, M. (2011). *Teoría general de la propiedad: Bases para la construcción de un derecho civil realista en el ámbito de la tradición jurídica romana*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Restrepo, E. (2013). *Etnización de la negridad: la invención de las comunidades negras como grupo étnico en Colombia*. Popayán: Universidad del Cauca, Pontificia Universidad Javeriana.

Rico, L. (2012). *El derecho de propiedad de los particulares*. Medellín: Universidad de Medellín.

Robles, G. (1997). *Sociología del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas.

Rodotà, S. (1986). *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. L. Díez-Picazo (trad.). Madrid: Civitas (original publicado en 1981).

Romaña, N.; Geovo, C., Paz, F. y Banguero, E. (2010). *Titulación colectiva para comunidades negras de Colombia*. Bogotá, Mag Impresores.

Rotondi, M. (1953). *Instituciones de Derecho Privado*. F. F. Villavicencio (trad.). Barcelona: Labor (original publicado en 1951).

Rovira, A. (1983). *El abuso de los derechos fundamentales*. Barcelona: Ediciones 62.

Ruiz Serramalera, R. (1982). *Derecho civil. Derechos reales I Parte General. La posesión y la propiedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

Ruiz, D. (2011). *Etnicidad, estado y organizaciones de comunidades negras en el Bajo Atrato*. En M. Chávez (comp.). *La multiculturalidad estatalizada: y configuraciones de Estado*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

Sánchez de Bustamante, M. (1947). *La propiedad. Limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del Código Civil*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo.

Sánchez, E.; Roldán, R. y Sánchez, M. (1993). *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Disloque.

Santofimio, J. (2010). *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Stirner, M. (2004). *El único y su propiedad*. Madrid: Valdemar (original publicado en 1844).

Solari, G. (1946). *Filosofía del derecho privado I. La idea individual*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Tenera, F. (2015). *Derechos reales*. Bogotá: Temis.

Terré, F. y Simler, Ph. (2010). *Droit civil. Les biens*. París: Dalloz.

Thiers, M. (1852). *La Propiedad*. Bogotá: Imprenta de Echeverría Hermanos.

Toro, I. D. y Parra, R. D. (2010). *Fundamentos epistemológicos de la investigación y la metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa*. Medellín: EAFIT.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (1996). *Derecho civil. t. II. Derechos reales*. Bogotá: Editorial Temis.

Valencia Zea, A. (1958). *Derecho civil. t. II, Derechos reales*. Bogotá: Temis.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2011). *Derecho civil. t. I. Parte general y personas*, Bogotá: Temis.

Valiente Noailles, L. (1958). *Derechos reales*. Buenos Aires: Roque Depalma.

Velásquez Jaramillo, L. G. (2010). *Bienes*, Bogotá: Temis.

- Velásquez Jaramillo, L. G. (2014). *Bienes*, Bogotá: Temis.
- Vélez Rojas, F. (2014). *Fundamentos de bienes*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Pontificia Universidad Javeriana.
- Venezian, G. (1928). *Usufructo, uso y habitación*. R. Atard (trad.). Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.
- Watanabe, K. (2004). “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”. En: A. Gidi y E. Ferrer (EDS). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- Walzer, Ch. (1993). *El multiculturalismo y la “Política del reconocimiento”*. M. Trilla de Neira (trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- West, R. (2000). *Las tierras bajas del Pacífico colombiano*. C. Leal (trad.). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia (original publicado en 1957).
- Younes, D. (2014). *Derecho constitucional colombiano*. Colombia: Legis.

CAPÍTULOS DE LIBROS

- Agudelo, C. (2004). “La Constitución Política de 1991 y la inclusión ambigua de las poblaciones negras”. En J. Arocha (comp.). *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas.
- Ansuátegui, J. (2005). “Ordenamiento jurídico y derechos humanos”. En: J. J. Tamayo. (dir.). *10 Palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra: Verbo Divino.

Arocha, J. (2004). “Ley 70 de 1993: Utopía para afrodescendientes excluidos”. En J. Arocha (comp.). *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas

Baubok, R. (2009). “Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos”. En: M. Ávila y M. Corredores (eds.). *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Burgos, F. (2016). “La minería tradicional, una concepción muy particular del derecho colombiano”. En: J. Henao y M. Montoya (eds.). *Minería y Desarrollo. Aspectos jurídicos de la actividad minera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Castro, R. (1993). “Los derechos étnicos negros constitucionales y la propiedad ancestral del territorio”. En: A. Ulloa (ed. y comp.). *Contribución africana a la cultura de las Américas. Memorias del Coloquio*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Proyecto Biopacífico-INDERENA-DNP-GEF-PNUD.

Castro, R. (2004). “Etnia, cultura, territorio y conflicto armado en el Pacífico colombiano”. En: J. Arocha. (comp.). *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*. Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas.

Contreras, F. J. (2001). “Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka”. En: F. Ansuategui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Cruz Rueda, E. (2008). “Principios generales del derecho indígena”. En: R. Huber, J. C. Martínez, C. Lachenal y R. Ariza (coords.). *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el Derecho estatal y el derecho indígena*. Bogotá,

Konrad-Adenauer-Stiftung E. y Fundación Konrad Adenauer, Oficina México, Fundación Konrad Adenauer Oficina Colombia.

De Asís, R. (2005). “Concepto y fundamento de los derechos humanos”. En: J. J. Tamayo (dir.). En: *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra: Verbo Divino.

De Cabo, A. y Pisarello, G. (2001). “Prólogo”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. P. Andrés. A. de Cabo. M. Carbonell, L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

De Lucas, J. (2005). “Solidaridad y derechos humanos”. En: J. J. Tamayo (dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra: Verbo Divino.

Dueñas, O. (1993). “Constitución y territorios”. En: A. Ulloa (ed. y comp.). *Contribución africana a la cultura de las américas. Memorias del Coloquio*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Proyecto Biopacífico-INDERENA-DNP-GEF-PNUD.

Escudero, R. (2001). “Los derechos colectivos frente al disparate y la barbarie”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Ferrajoli, L. (2001a). “Derechos fundamentales”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001b). “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001c). “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

Francisco Dias, V. (2016). “Os Kalungas; por uma kalunga”. En: A. Wolkmer, C. Mares de Souza Filho y M. Vidotte Blanco Tarrega (coords.). *Os Direitos. Territoriais Quilombolas*.

Alem do marco temporal. Brasil: CIP, Biblioteca da Pontificia Universidade Católica de Goais.

Gambaro, A. (2013). “Relazione introduttiva”. En: Centro Nazionale Di Prevenzione E Difesa Sociale. *Fra individuo e collettività: la proprietà nel secolo XXI*. Milano, Centri di Documentazione e di Distribuzione Giuffré.

Helg, A. (2004). “Constituciones y prácticas sociopolíticas de las minorías de origen africano. Una comparación entre Colombia y Cuba”. En: J. Arocha (comp.). *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*. Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas.

Jaramillo, O. (2001). “Del tiempo cambiado a la titulación colectiva: movimiento social y comunidades negras del Alto San Juan”. M. Pardo (ed.). *Acción colectiva y etnicidad en el Pacífico colombiano*. Bogotá: Colciencias e Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Jáuregui, G. (2001). “Introducción. Derechos individuales versus derechos colectivos. Una realidad inescindible”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

García Amado, J. (2001). “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

García Añón, J. (2001). “¿Hay derechos colectivos? ‘Diversidad’ de minorías, ‘diversidad’ de derechos”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Garrido, J. (1996). “Lo público y lo privado en la ordenación urbanística”. En: G. Soriano de García Pelayo y H. Njaim. *Lo público y lo privado. Definición de los ámbitos del Estado y de la sociedad*, t. II. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo-Editorial Latina.

Grueso, L. (2007). “La población afrodescendiente y su referencia como sujeto de ley en el desarrollo normativo de Colombia. Punto de partida para definir niveles de reconocimiento y reparación”. En: C. Mosquera Rosero-Labbé y L. C. Barcelos (eds.). *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales (CES).

Herreño, A. L. (2012). “Las políticas de discriminación positiva como formas de reparación”. En: C. Mosquera, M. Pardo y O. Hoffman. *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la esclavitud en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Institut de Recherche pour le Développement, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Julio-Estrada, A. (2009). “Los derechos fundamentales como objeto protegido de la acción de tutela. Una aproximación a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana”. En: E. Ferrer y A. Zaldívar (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*. Bogotá: Temis.

Kymlicka, W. (2009). “Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección”. En: M. Ávila y M. Corredores (eds.). *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

López Calera, N. (2001). “Sobre los derechos colectivos”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Mattei, U. (2013). “La proprietà generativa”. En: Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale. *Fra individuo e collettività: la proprietà nel secolo XXI*. Milano, Centri di Documentazione e di Distribuzione Giuffré.

Oslender, U. (2001). “‘La lógica del río’: estructuras espaciales del proceso organizativo de los movimientos sociales de comunidades negras en el Pacífico colombiano”. M. Pardo (ed.). *Acción colectiva y etnicidad en el Pacífico colombiano*. Bogotá: Colciencias e Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Muñoz, J. P. y G. Rodríguez (2016). “Aproximación histórica al reconocimiento y configuración normativa del derecho al territorio de los pueblos indígenas”. En: G. Rodríguez, G. Lopera y E. Sánchez (eds.). *Retos del constitucionalismo pluralista*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Eafit, Universidad del Rosario y Relaju.

Peces-Barba, G. (2001). “Los derechos colectivos”. En: F. Ansuategui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Peces-Barba, G. (2005). “Dignidad humana”. En: J. J. Tamayo (dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra: Verbo Divino.

Perrone, N. (2013). “Artículo 21. El derecho a la propiedad privada”. En: E. Alonso Regueira. *Convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino*. Buenos Aires, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

Resta, E. (2013). “Pubblico, privato, comune”. En: Centro Nazionale Di Prevenzione E Difesa Sociale. *Fra individuo e collettività: la proprietà nel secolo XXI*. Milano, Centri di documentazione e di distribuzione Giuffré.

Restrepo, M. (s.f). “Las comunidades negras en la Constitución de 1991”. En: M. Restrepo y B. Bustos (comps.). *Comunidades negras, territorio, identidad y desarrollo*. Bogotá: Consejería Presidencial para la política social, PNR.

Restrepo, E. (2001). “Imaginando comunidad negra: etnografía de la etnización de las poblaciones negras en el Pacífico sur colombiano”. En: M. Pardo (ed.). *Acción colectiva y etnicidad en el Pacífico colombiano*. Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Rodríguez Palop, M. E. (2010). “Los intereses colectivos en el discurso de los derechos humanos”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Rodríguez Uribe, J. M. (2010). “Algunas reflexiones a partir de la obra de Nicolás María López Calera: ‘¿hay derechos colectivos?’”. Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Ruggeri, A. (1996). “Nota sobre la propiedad pública y la propiedad privada”. En: G. Soriano de García Pelayo y H. Njaim (eds.). *Lo público y lo privado. Definición de los ámbitos del Estado y de la sociedad*, t. II. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo-Editorial Latina.

Santilocchi, R. (2002). “Proprietà collettiva e cultura dell’ambiente: I profili ecologici”. En: P. Nervi. *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva. La consuetudine fra tradizione e modernità. Atti della VIII Reunione Scientifica*. Milano: CEDAM.

Sauquillo, J. (2010). “Tótem y tabú de los derechos colectivos”. En: F. Ansuátegui (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid.

Sánchez, M. (2012). “Los colectivos como sujetos de derechos humanos”. En: M. del C. Barranco, O. Celador y F. Vacas (coords.). *Perspectivas actuales de los sujetos de derechos*. Colección Gregorio Peces Barba, n.º 2. Madrid, Dikynson.

Tenella, Ch. (2013). “Panoramica del diritto di proprietà”. En: Centro Nazionale Di Prevenzione e Difesa Sociale. *Fra individuo e collettività: la proprietà nel secolo XXI*. Milano: Centri di Documentazione e di Distribuzione Giuffrè.

Tamayo, J. J. (2005). “Presentación”. En: J. J. Tamayo (dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra: Verbo Divino.

Tamayo, J. J. (2005). “Religiones y derechos humanos”. En: J. J. Tamayo (dir.). En: *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Navarra: Verbo Divino.

Vitale, E. (2001). “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. P. Andrés, A. de Cabo. M. Carbonell. L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

Vitale, E. (2001). “¿Teoría general del derecho o fundación de una república optima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. P. Andrés, A. de Cabo. M. Carbonell. L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

Watanabe, K. (2004). “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”. En: A. Gidi y E. Ferrer. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Gidi, A. (2004). “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En: A. Gidi y E. Ferrer. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Zolo, D. (2001). “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”. En: A. de Cabo y G. Pisarello (eds.). P. Andrés. A. de Cabo. M. Carbonell, L. Córdova, C. Marcos y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.

Artículos

Aguirreazabal, M. (2006). “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”. *Revista Chilena de Derecho*, vol 33, n.º 1, 69-91.

Agudelo, C. (2001). “Nuevos actores sociales y relegitimación del Estado. Estado y construcción del movimiento social de comunidades negras en Colombia”. *Análisis Político*, 43, mayo-agosto, 3-31.

Arocha, J. y Friedemann, N. (1993). “Marco de referencia histórico-cultural para la ley sobre derechos étnicos de las comunidades negras en Colombia”. *América Negra*, 5, 155-191.

Balestrini, B. (1997). “El Derecho de propiedad”. *Universitas Jurídica*, 93, 239-237.

Barassi, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II. R. García de Haro, M. Falcón y A. Plasencia (trads.). Barcelona: Bosch (original publicado en 1942).

Blázquez, D. (2004). “La propiedad de los pueblos indígenas y la discusión acerca de sus derechos como colectivos e individuales”. *Revista del Instituto de Bartolomé de Casas. Derechos y Libertades*. 385-397.

- Bonilla, D. (2009). “Las comunidades negras de Colombia: entre la diversidad cultural, la diferencia racial y los derechos diferenciados”. *Criterio Jurídico*. Vol. 9 (1), 9-37.
- Bermúdez, L. y Rodríguez, O. (2005). “El derecho a la propiedad privada en Colombia”. *Derecho y Jurisprudencia*. 2, 117-151.
- Carbonell, M. (2001). “Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana: una propuesta de reforma”. *Isonomia*, 14, abril, 181-193.
- Carmona, C. (2013). “Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas”. *Revista Ius et Praxis*, Año 19, 2, 301- 334.
- Carrión, G. (2008). “Debilidades del nivel regional en el ordenamiento territorial colombiano. Aproximación desde la normatividad político administrativa y de usos del suelo”. *ACE*, Año III (7), junio, 145-166.
- Clavijo, T. (2016). “Nuevas configuraciones territoriales. El caso de las ‘comunidades negras’ en Colombia”. *Mundo Siglo XXI*, Vol. XI (38), 37-48
- Coronado Delgado, S. (2006). “El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia”. *Controversia* 187, CINEP, 47-89.
- Cruz, J. (1998). “Sobre el concepto de derechos colectivos”. *RIFP*, 12, 95-115.
- Cruz, E. (2013). “Multiculturalismo y alteridad: una crítica al enfoque de W. Kymlicka”. *Revista Comunicación, Cultura y Política*, 4, 1, enero-junio, 38-57.
- Dávila, J. (2012). “Dignidad humana colectiva como condición previa de los derechos humanos colectivos”. *Pensamiento Jurídico* 35, septiembre-diciembre, 25-155.
- Del Valle Arango, J. (1995). “Ordenamiento territorial en comunidades negras del Pacífico colombiano: Olaya Herrera, Nariño”. *América Negra*, 10, 107-126.

Dulitzky, A. (2010). “Cuando los afrodescendientes se transformaron en ‘pueblos tribales’. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras”. *El Otro Derecho*, 41, 13-48.

Ferrajoli, L. (2006). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 15-31.

Ferrajoli, L. (2006). “Sobre los derechos fundamentales”. *Cuestiones Constitucionales*, 15, jul-dic., 113-283.

Friedemann, N. (s.f). “Colombia es al fin de los negros. El laberinto de la ley sobre derechos étnicos y territoriales de los negros en la nueva Constitución”. *Píntela*, 4-7.

Friede, J. (1969). “De la encomienda indiana a la propiedad territorial y su influencia sobre el mestizaje”. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Historia, 4, 39-61.

Gargarella, R. (1996). “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”. *DOXA* 19, 357-372.

García Amado, J. A. (2001). “Sobre derechos colectivos, dilemas, enigmas, quimeras”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 318, junio, 103-119.

Grossi, P. (2012). “Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati”. *Archivio Scialoja-Bolla*, Vol. 1, 1-13

Grossi, P. (2005). “Gli assetti fondiari collettivi e le loro peculiari fondazione antropologiche”. *Archivio Scialoja-Bolla*. Vol. 1.

González, P. y Duque, S. (2008). “Subsistencia de las comunidades locales en Colombia. De un concepto legal a un derecho fundamental: Análisis jurisprudencial”. *Estudios de Derecho*, Vol. LXV. 146.

Hinestroza, L. W. Hinestroza, M. Perea y M. Granja (2014). “El derecho de prelación de las comunidades negras en la explotación minera en el municipio de Condoto-Chocó”. *Estudios de Derecho*, Vol. LXXI, 157, 269-282.

Howald, C. (2015). “Prácticas mineras en el día a día ¿Contradicciones con el discurso de las organizaciones etnicoterritoriales?”. *Revista de la Coordinación Regional del Pacífico Colombiano. Observatorio Pacífico y Territorio*, 4, 9, abr., 3-8.

López, F. (2002). “El análisis de contenido como método de investigación”. *Revista de Educación*, 4, 167-179.

Llamas, A. (1994). “Una aproximación garantista a las fuentes de los derechos fundamentales”. *DOXA* 15-16, 695-713.

Madrid-Malo Garizábal, M. (1994). “Los derechos fundamentales en la nueva Constitución”. *Su Defensor*, Año 2, n.º 13, 5-8.

Machuca, J. (1998). “La Ley 70 frente a la situación de los derechos de las comunidades negras”. *Nova y Vetera*, 31, abril, 46-57.

Martínez Basallo, S. (2005). “El ordenamiento territorial y la construcción de territorialidades negras en la región del Medio Atrato”. *Perspectiva Geográfica*, n.º 11, 57-88.

Martínez Basallo, S. (2010). “La política de titulación colectiva a las comunidades negras del Pacífico colombiano: una mirada desde los actores locales”. *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, Vol. 24, n.º 41, 13-43.

Moncayo, A. L. (2004). “Hacia el reconocimiento de derechos fundamentales colectivos en identidades culturales”. *Revista de la Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal*, 1, 91-122.

Monroy, D. y Pinzón, M. (2012). “Análisis económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia. El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos”. *Revista de Derecho y Economía*, n.º 36, 11-58.

Noejovich, H. (2003). “La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes”. *Derecho PUCP*, 56, 989-1013.

Pegoraro, L. y Delgado, Jh. (2001). “Derechos ‘fundamentales’: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”. *Derecho del Estado*, 10, jun, 41-52.

Palombella, G. (1999). “Derechos fundamentales argumentos para una teoría”. A. García (trad.). *DOXA* 22, 525-579.

Pimiento, J. (2011). “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”. *Derecho Privado*, Vol. 21, jul-dic., 207-2032.

Prieto Sanchís, L. (1991). “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Pensamiento Constitucional* AJ10 VI (8), 61-102.

Pulido, H. (2010). “Gente negra y movimiento social: representación antropológica de la acción colectiva en el Pacífico colombiano en la década de 1990”. *Boletín de Historia y Antigüedades*, Vol. xcvii (850), 515-535.

Restrepo, E. (2011). “Etnización y multiculturalismo”. *Revista Colombiana de Antropología*, Vol. 47 (2), jul-dic, 16-35.

Restrepo, E. (1997). “Afrogénesis y huellas de africanía en Colombia”. *Boletín de Antropología*, Vol. 11 (28), 128-145.

Rivera, R. (2007). “Los derechos e intereses colectivos como derechos fundamentales”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 33, 63-200.

Rodríguez, G. (2008). “Continúa la exclusión y marginación de las comunidades negras colombianas”. *Diálogos de Saberes*, 29, jul-dic., 215-238.

Rosbach de Olmos, L. (2004). “Hacia la visibilidad de la cultura negra: parentesco y matrimonio en el Chocó”. *Boletín de Antropología*. Vol. 18 (35), 376-397.

Santaella, H. (2011). “Notas sobre el concepto y garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia. Vol. 21. 233-253.

Solozábal, J. J. (1991a). “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 7, enero-marzo, 87-109.

Solozábal, J. J. (1991b). “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11 (32), mayo-agosto, 73-113.

Toro-Huertas, M. (2010). “El derecho a la propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. X, 49-95.

Triana, G. y Ferrufino, L. (s.f.). “El resguardo indígena. Origen y su relación con algunas formas actuales de tenencia de la tierra”. *Antropológicas* n.º 1. 15-23.

Vaughn, K. (1985). “Teoría de la propiedad de John Locke: problemas de interpretación”. *Revista Libertas* 3, 1-41.

Vélez, M. (2009). “Sistemas complejos de gobierno local. Reflexiones sobre la titulación colectiva en el Pacífico vallecaucano”. *Revista de Estudios Sociales*, 32. abril, 74-85.

Villa, W. (1996). “Ecosistema, territorio y desarrollo”. *Revista Esteros, Edición Especial*, 17-28.

Wade, P. (1993). “El movimiento negro en Colombia”. *América Negra*, 5, 173-179.

Wade, P. (2011). “Multiculturalismo y racismo”. *Revista Colombiana de Antropología*, Vol. 47 (2), jul-dic, 16-35.

Reglamentos de consejos comunitarios de comunidades negras

Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus afluentes (2013). “Reglamento interno de gobernabilidad y gobernanza del Consejo Comunitario General del Río Baudó y sus afluentes ‘ACABA’”. Alto Baudó, Chocó: Asamblea General Ordinaria.

Consejo Comunitario del Territorio colectivo del Consejo Comunitario de San Isidro (s.f). “Reglamento Interno de gobierno del territorio colectivo de San Isidro. El recuerdo de nuestros ancestros de calle larga y sus zonas de influencia. El derecho propio de las comunidades negras del Consejo Comunitario de San Isidro”. San Isidro, Río Quito: Asamblea General del Consejo Comunitario de San Isidro.

Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones Etnicoterritoriales del Bajo Atrato “ASCOBA” (2012). Estatutos. Bajo Atrato: Asamblea General Ordinaria Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones Etnicoterritoriales del Bajo Atrato “ASCOBA”.

Consejo Comunitario Integral de Lloró “COCOILLO” (2012). “Manual de procesos y procedimientos administrativos y contables del Consejo Comunitario Integral de Lloró”. Lloró, Chocó: Asamblea General Consejo Comunitario Integral de Lloró “COCOILLO”.

Consejo Comunitario Mayor de la organización popular campesina del Alto Atrato (COCOMOPOCA). Alto Atrato: Asamblea General Consejo Comunitario Mayor de la organización popular campesina del Alto Atrato (COCOMOPOCA).

Consejo Comunitario de Guayabal (s.f.). “Reglamento interno para ejercer control, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos del territorio colectivo de comunidades negras de Guayabal Quibdó, Chocó”, Quibdó, Chocó: Asamblea General Consejo Comunitario de Guayabal.

Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana (2012.). “Reglamento Interno del Consejo Comunitario Mayor de la Unión Panamericana”. Chocó: Junta Directiva del Consejo Comunitario Mayor de Unión Panamericana.

Consejo Comunitario Mayor de Villaconto. (s.f.). “Reglamento Interno del Consejo Comunitario Mayor de Villaconto”. Villaconto, Río Quito: Asamblea General Consejo Comunitario Mayor de Villaconto.

Consejo Comunitario General de los Delfines y de los consejos comunitarios locales que la integran (s.f.). “Reglamento interno del Consejo Comunitario General de los Delfines”. Nuquí, Chocó: Asamblea General del Consejo Comunitario Los Delfines.

Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato “COCOMACIA” (2009). “Reglamento Interno General de COCOMACIA”. Isla de los Rojos, Chocó: Asamblea General Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato “COCOMACIA”.

Consejo Mayor del Alto San Juan “ASOCASAN”. (2009). “Reglamento interno de administración y manejo del territorio”. Mungara, Tadó: Asamblea del Consejo Comunitario Mayor del Alto San Juan “ASOCASAN”.

Consejo Comunitario Mayor de San Isidro (2010). “Reglamento Interno del Consejo Comunitario Mayor de San Isidro”. San Isidro, Río Quito: Asamblea General Consejo Comunitario Mayor de San Isidro.

Consejo Comunitario Local de Gitradó-Asociación Campesina Integral del Atrato “COCOMACIA” (s.f.). “Reglamento Interno General de COCOMACIA”: Asamblea Local del Consejo Comunitario de Gitradó de la Asociación Campesina Integral del Atrato “COCOMACIA”.

Documentos consultados en la web

Benlloch, C. (2006). “Sobre la ciudadanía multicultural de Kymlicka”. Disponible en www.sociologiaipolitica.blog.cat/2006/10/2013.

Cruz Parceró, J. A. (1998). “Sobre el concepto de derechos colectivos”. *Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)* 12, 95-115. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2734294>

Enciclopedia Jurídica. Disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/teor%C3%ADa-general-del-derecho/teor%C3%ADa-general-del-derecho.htm>

Gutiérrez, Quevedo, M. (2011). “Pluralismo jurídico y cultural en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*. 26. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2880/3040>

Hayek, F. (s.f). “Individualismo. El verdadero y el falso”. *Estudios Públicos*, 22, 1-25. Disponible en <http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf>

Martínez Basallo, S. (2010). “La política de titulación colectiva a las comunidades negras del Pacífico colombiano: una mirada desde los actores locales”. *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, 24 (41), 13-43. Disponible en <file:///C:/Users/SAMSUNG%20RV%20SERIES/Downloads/7942-23616-1-PB.pdf>

Perea Sánchez, A. (2010). “Hacia una reforma afrofinanciera”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Disponible en http://works.bepress.com/alexis_perea/1/

Sauca, J. y Wences, I. (2016). “Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, octubre 2015-mayo 2016, 195-204. Disponible en <file:///C:/Users/SAMSUNG%20RV%20SERIES/Downloads/2821-2789-2-PB.pdf>

Sarmiento, M.; A. Soto, A Urán e I. Lozada (2012). “Pequeña minería en el Chocó”. Disponible en <http://congresovisible.org/agora/post/pequena-mineria-en-el-choco/3503/>

Siede, L. (s.f.) “El comunitarismo y el concepto de justicia de Michel Walzer”. Disponible en <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/siede.htm>

Taguieff, P. A. (2003). “¿Pero que es el comunitarismo?”. Disponible en <http://angelfire.com/folk/Celtiberia/comunitarismo.html>

Visoso del Valle, F. (2006). “Usufructo, uso y habitación”. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Villa, W. (2014). “Acciones sociales frente a conflictos ambientales. Resguardos y territorios colectivos en el Pacífico colombiano frente a la economía extractiva”. *Revista* n.º 55/56. Disponible en <http://semillas.org.co/es/revista/resguardos-y-territorios-colectivos-en-el-pac>

Villa, W. (2000). “Movimiento social de comunidades negras en el Pacífico colombiano. La construcción de una noción de territorio y región”. En: Arocha, J. y W. Villa. “Geografía humana de Colombia: los afrocolombianos”. t. VI. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. Disponible en <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/geografia/afro/movimie>

Tesis

Baquero, S. Á. (2011). “Los consejos comunitarios del Medio Atrato en la vía del postdesarrollo. Hacia un modelo deliberativo de organizaciones de las comunidades negras”, Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

Copete, M. L. (2013). “Alteraciones en las prácticas culturales de la comunidad negra del municipio de Tadó a partir de los cambios de la producción en la explotación minera y la vinculación de la población foránea al territorio”, Tesis de pregrado. Universidad Tecnológica de Pereira, Facultad de Ciencias de la Educación. Licenciatura en Etnoeducación y Desarrollo Comunitario.

Gómez, M. (2010). “Planificación y estructuración del territorio desde las perspectivas de los sistemas de agua potable y saneamiento básico, las dimensiones ambiental y etnográfica”, Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Javeriana sede Bogotá.

Santaella, H. (2010). “El régimen constitucional de la propiedad y su garantía en Colombia. Análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español”, Tesis de Doctorado, Universidad de Madrid.

Torbisco, N. (2001). “Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal”, Tesis de Doctorado, Universitat Pompeu Fabra.

Acuerdos y declaraciones

Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. Adoptada por la 31 a Sesión de la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001.

Normas

Constitución Política de Colombia de 1991. Corte Constitucional. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.

Congreso de Colombia. Ley 70 del 27 de agosto de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución”. DO: 410013.

Congreso de Colombia. Ley 99 del 22 de diciembre de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”. DO: 41146.

Congreso de la República de Colombia. Ley 21 del 4 de marzo de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, adoptada por la 76.ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989.

Congreso de la República de Colombia. Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la

gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA), y se dictan otras disposiciones”. DO: 41146.

Congreso de la República de Colombia. Ley 37 del 27 de octubre de 1967, “Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo relativo a la Organización del Servicio del Empleo, adoptado por la Trigésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo”, San Francisco, 1948. DO: 32.356.

Congreso de la República de Colombia. Ley 472 del 5 de agosto de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, DO: 43357.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1753 del 9 de junio de 2015. “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”. DO: 49538.

Congreso de la República de Colombia. Ley 200 del 16 de diciembre de 1936 "Sobre régimen de tierras". DO: 23388.

Congreso de la República de Colombia. Ley 160 del 3 de agosto de 1994. “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”. DO: 41.479.

Congreso de la República de Colombia. Ley 388 del 18 de julio de 1997. “Por la cual se modifican la Ley 9.^a de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones”. DO: 43091.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1454 del 28 de junio de 2011. “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”. DO: 48115.

Congreso de la Nueva Granada. Ley 2 del 21 de mayo de 1851. Ley sobre la libertad de esclavos.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1745 del 12 de octubre de 1995. “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las ‘Tierras de las Comunidades Negras’ y se dictan otras disposiciones. DO: 42.049; DO: 39.720.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1953 del 7 de octubre de 2014. “Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política”. DO: 49297.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”. DO: 49523.

Conceferencias y seminarios

Hinestroza, L. y Julio-Estrada, A. (2015). “El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia: Un derecho diferente?”, En: *21 Riunione Scientifica del Centro di Studi e Documentazione sui Demani civici e le proprietà collettive del Università Degli Studi di Trento nei giorni 26 e 27 novembre 2015*, Trento: Italia.

Hoffmann, O. (octubre de 2001). “Conflictos territoriales y territorialidad negra. El caso de las comunidades afrocolombianas”. *II Seminario internacional sobre territorio y cultura*. Caldas, Manizales.

Mena, Z. (agosto, 1992). “Territorio y Etnia”. Foro *Territorialidad, etnia y región*. Bogotá.

Mena, Z. (1993). “Territorio”. *Seminario Ley 70 de 1993, Políticas Nacionales para el Pacífico colombiano*. Pereira, Colombia.

Múnera, L. F. (1993). Instituto Colombiano de Reforma Agraria. “El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva”. En: *Seminario Ley 70 de 1993, Políticas Nacionales para el Pacífico colombiano*. Pereira, Colombia.

Perea, R. (1994). “Historia y poblamiento”. *Perspectivas metodológicas y de investigación en los estudios sobre comunidades negras*. Bogotá.

Sentencias

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-461 del 8 de julio de 2014, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-576 del 4 de agosto de 2014, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-800 del 31 de octubre de 2014, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-009 del 21 de enero de 2013, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-253 del 25 de abril de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-376 del 18 de mayo de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-823 del 17 de octubre de 2012, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia T-433 del 23 de mayo de 2011M. P.: Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-235 del 31 de marzo de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-745 delo 14 de septiembre de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-1045 del 14 de diciembre de 2010, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-931 del 10 de diciembre de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-909 del 7 de diciembre de 2009, M. P.: Mauricio Gonzáles Cuervo.

Sentencia T-587 del 27 de agosto de 2009, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-461 del 14 de mayo de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinoza.

Sentencia C-622 del 14 de agosto de 2007, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-659 del 23 de agosto de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, M. P.: José Cepeda Espinoza.

Sentencia T-955 del 17 de octubre de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-558 del 10 de julio de 2003, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-169 del 14 de febrero de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-606 del 7 de junio de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-714 del 27 de septiembre de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-525 del 25 de septiembre de 1998, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-652 del 10 de noviembre de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-104 del 15 de marzo de 1995, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia T-001 del 13 de enero de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-188 del 12 de mayo de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-405 del 23 de septiembre de 1993, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia T-257 del 30 de junio de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-254 del 30 de junio de 1993, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de marzo de 2000, Radicado AP-019. Actor Corporación de Ordenamiento Territorial Co-Sinergia, C. P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 29 de junio de 2000, radicado AP-001. Actor: Efraín Olarte Olarte, Demandado: Presidencia de la República, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 05001-23-31-000-2001-2012-01-AP-0388. Actor: Omar de Jesús Flórez Morales, Demandado: Empresas Públicas de Medellín, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 13 de septiembre de 2002, radicado 13001-23-31-000-2000-9008-01(Ap-575) Actor: Dorance Cure Janna, Demandado: Empresa de Aguas de Cartagena. E.S.P. Acucar, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, radicado AP-25000-23-27-000-2003-00720-02. Actor: Fundación un sueño por Colombia, Demandado: Nación (Ministerio de Comunicaciones y otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2006, radicado 63001-23-31-000-2003-00861-01-AP. Actor: Graciela Chiquito Jaramillo, Demandado: Fiduciaria La Previsora. y otros, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007, radicado Ap-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto

Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-Etmva y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, radicado 05001-23-31-000-2005-01188-01AP. Actor: Proambiente y otros, Demandado: Municipio de Bello y otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008, radicado 25000-23-27-000-2004-00888-01 (AP), C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 15 de agosto de 2013. Radicado 52001-23-31-000-2010-00680-0, AP. Actor: Carmenza Tez Juagibioy y otros, Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Otro, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de enero, Rad. 25000-23-26-000-2001-00527-03(AP) Actor: Asociación de Residentes Barrio Santa Ana Oriental, Demandado: Curaduría Urbana - Departamento Administrativo de Planeación Distrital, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2007, radicado n.º 76001-23-31-000-2003-01856-01 (AP), C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

Informes gubernamentales

Defensoría del Pueblo, 2014. “Las explotaciones madereras y derechos humanos Bajo Atrato-Chocó.

Diccionarios

Restrepo, J y Guerrero, J (1995. *Diccionario Vocablo Jurídico de la Asociación Henri Capitán*, Bogotá, Temis (Libro original publicado en 1990).

Fundación Tomás Moro (1991). *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid, Espasa.

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires, Heliasta. S.R.L

Orgaz, A. (1956). *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*. Córdoba, Argentina. Assandri.

Anexos

Quibdó, 13 de mayo de 2014

Señor
JOSÉ AMÉRICO MOSQUERA
Representante Legal
Consejo Comunitario COCOMOPOCA

Ref: Solicitud de copia de reglamento interno y de reglamentos para el uso, aprovechamiento de recursos naturales y distribución de la tierra.

Cordial saludo,

Con la finalidad de recopilar documentos que me permitan abordar un tema que ayude a generar conocimiento sobre las realidades de la región, me encuentro formulando el anteproyecto de investigación sobre el tema "Derechos territoriales de las comunidades negras en Colombia". Para lo anterior, requiero la colaboración del Consejo que representa, con el suministro de una copia de los reglamentos de la referencia.

La anterior información, tiene fines exclusivamente académicos y de soporte de investigación, debido a que en mi condición de docente de la Universidad Tecnológica del Chocó, adelanto el Doctorado en Derecho en la Universidad Externado de Colombia.

La información suministrada será utilizada con fines académicos y como soporte de investigación.

Agradeciendo su atención,


LISNEIDER HINESTROZA CUESTA
Docente Universidad Tecnológica del Chocó
Estudiante Universidad Externado de Colombia
Datos de contacto: lisneider@yahoo.es
Cel: 3146163124

Recb. 14-05-14
Elizabeth Pino
H. 9:41am

Tabla 6

Consejos Titulados por año en el departamento del Chocó (2015)

| Año de reconocimiento | Municipio | Consejo comunitario | Resolución |
|------------------------------|---|---|----------------------------------|
| 1996 | Río Sucio (Carmen del Darién) | Chicao | 0285 de diciembre de 1996 |
| | Río Sucio | La Nueva | 0289 del 13 diciembre de 1996 |
| | Río Sucio | Dos Bocas | 0288 131 de diciembre de 1996 |
| | Río Sucio | Clavellino | 0290 del 13 de diciembre 1996 |
| | Río Sucio | La Madre | 0286 de diciembre de 1996 |
| 1997 | Quibdó, Atrato, Río Quito, Medio Atrato, Bojayá, Vigía del Fuerte, Murindó y Urrao de Antioquia | Asociación Integral del Atrato (HACIA). | 4566 del 29 de diciembre de 1997 |
| 1998 | Río Sucio (Carmen del Darién) | Apartadó-Buena Vista | 0159 del 9 de febrero de 1998 |
| | Alto Baudó | San Francisco de Cugucho | 0156 del 9 de febrero de 1998 |
| | Río Quito | San Isidro | 0157 de febrero de 1998 |
| | Río Quito | Villa Conto | 0160 de 09 de febrero de 1998 |
| 1999 | Río Sucio | Cacarica | 0841 del 26 de abril de 1999 |
| | Alto Baudó | Bellavista Dubasa | 1219 del 1.º de junio de 2000 |
| | Bajo Baudó | San Agustín de Terrón | 03369 de diciembre 2000 |
| | Carmen del Darién | Turriquitadó | 2799 del 22 de noviembre 2000 |
| | Bajo Baudó | Virudó | 2698 del 21 diciembre de 2000 |
| | Alto Baudó | Puerto Echeverri | 1218 del 1.º de junio de |

| | | | |
|------|-------------------|--|-------------------------------|
| 2000 | | | 2000 |
| | Río Sucio | Río Salaquí | 02802 de noviembre de 2000 |
| | Medio Baudó | Río Pepe | 1125 del 23 de mayo de 2000 |
| | Bahía Solano | Cupica | 2700 del 21 de diciembre 2000 |
| | Bajo Baudó | San Andrés de Usaragá | 3368 del 21 de diciembre 2000 |
| | Cértegui | Cértegui | 2728 del 27 de diciembre 2000 |
| | Carmen del Darién | La Grande | 2806 del 22de noviembre 2000 |
| | Río Sucio | Pedeguita y Mancilla | 2804 del 22 de noviembre 2000 |
| | Bajo Baudó | Villa María de Purricha | 1129 del 23 de mayo de 2000 |
| | Carmen del Darién | Río Jiguamiandó | 2801 de noviembre de 2000 |
| | Carmen del Darién | Río Curvaradó | 2809 del 22 de noviembre 2000 |
| | Río Sucio | Truandó Medio | 3366 del 21 de diciembre 2000 |
| | Carmen del Darién | Montaño | 2807 del 22 de noviembre 2000 |
| | Río Sucio | Bocas de Taparal | 2803 de noviembre de 2000 |
| | Carmen del Darién | Río Domingodó | 2803 del 22 noviembre 2000 |
| | Río Sucio | La Larga-Tumaradó | 2805 de noviembre de 2000 |
| | Carmen del Darién | Vigía de Curvaradó y Santa Rosa de Limón | 2808 de noviembre de 2000 |
| | Río Sucio | Río Quiparadó | 2798 de noviembre de 2000 |
| | Bajo Baudó | Piliza | 3367 del diciembre de 2001 |
| | Bajo Baudó | Pizarro | 1122 del 16 de mayo de 2001 |

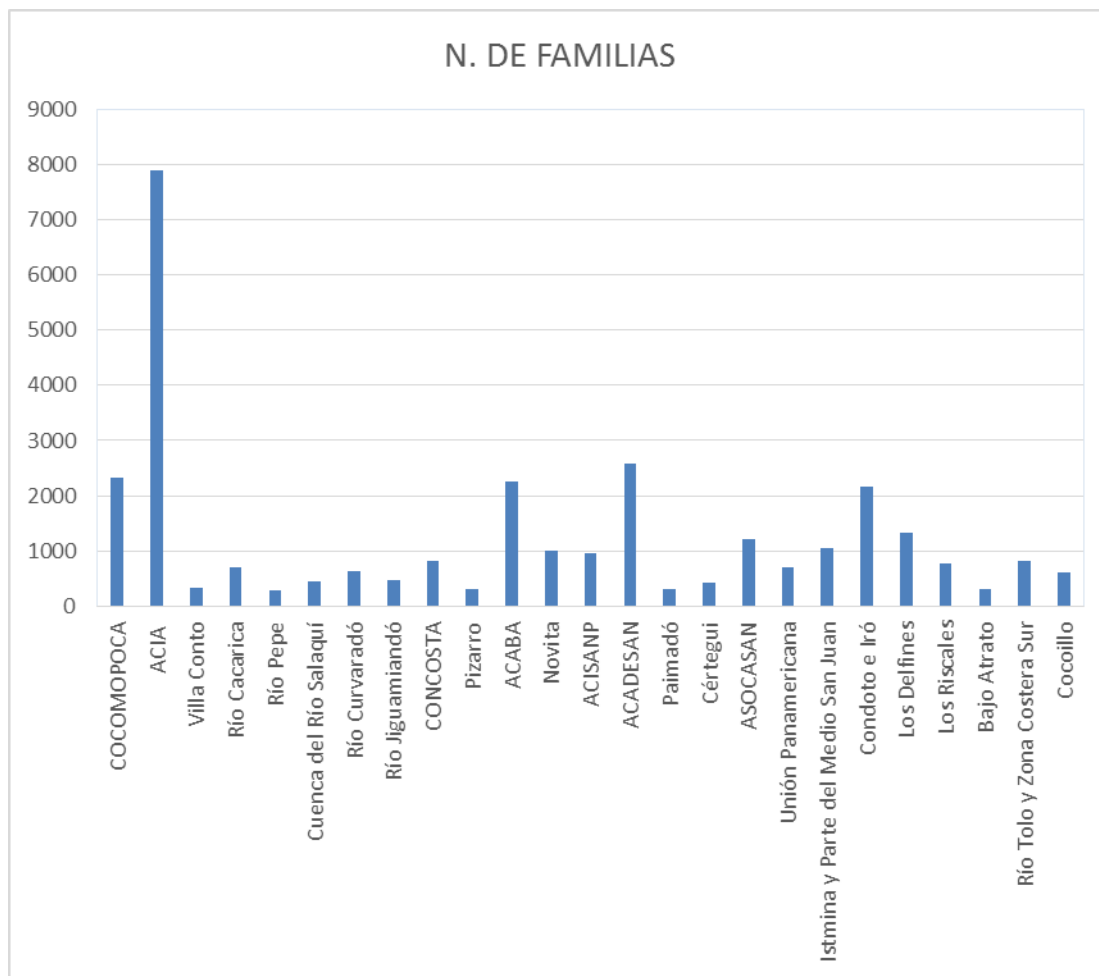
| | | | |
|-------------|--|------------------------------------|----------------------------------|
| 2001 | Alto, Medio, Bajo Baudó, Río Quito y Cantón de San Pablo | Río Baudó y sus afluentes (ACABA) | 1152 del 23 de mayo de 2001 |
| | Bajo Baudó y Litoral del San Juan | CONCOSTA | 1123 del 16 de mayo de 2001 |
| | Tadó | Mayor del Alto San Juan (ASOCASAN) | 2727 del 27 de diciembre de 2001 |
| | Bajo Baudó | Cuevita | 2701 del 21 de diciembre 2001 |
| | Bajo Baudó | Pavasa | 2695 del 21 diciembre de 2001 |
| | Nóvita | Nóvita | 2693 del 21 de diciembre 2001 |
| | Cantón de San Pablo | ACISANP | 2694 de diciembre de 2001 |
| | Río Quito | Paimadó | 2726 del 27 de diciembre 2001 |
| | Litoral del San Juan, Istmina y Nóvita. | ACADESAN | 2702 de 21 de diciembre 2001 |
| | Unión Panamericana | COCOMAUPA | 2723 del 27 de diciembre 2001 |
| 2002 | Juradó | Juradó | 02199 del 3 de diciembre de 2002 |
| | Nuquí | Los Riscales | 2206 del 4 de diciembre de 2002 |
| | Istmina y Medio San Juan | Istmina y Medio San Juan | 1176 de julio de 2002 |
| | Condoto | Condoto | 1177 del 16 de julio de 2002 |
| | Bahía Solano y Juradó | Los Delfines | 002200 de diciembre de 2002 |
| 2003 | Quibdó | Guayabal | 0051 del 1.º de julio de 2003 |
| | Unguía | Bajo Atrato | 0048 del 21 de julio de 2003 |
| | Acandi | Río Acandi Zona Costera Norte | 1501 del 1.º de agosto de 2005 |
| | Quibdó | Casimiro | 2429 de diciembre de 2005 |

| | | | |
|-------------|----------------------------------|-------------------------------------|--------------------------------|
| 2005 | Acandí | Río Acandí Seco, El Cedro y Juancho | 1499 del 1.º de agosto de 2005 |
| | Acandí | Río Toló Zona Costera Sur | 1502 del 1.º de agosto de 2005 |
| 2007 | Bajo Baudó | Sivirú | 1144 del 14 de mayo de 2007 |
| 2011 | Atrato, Lloró, Bagadó, Cértegui. | COCOMAPOCA | 02425 del 19 septiembre 2011 |
| 2012 | Lloró | Consejo Comunitario Integ. de Lloró | 2919 del 21 diciembre de 2012. |
| 2015 | Atrato | Consejo Comunitario de la Molana | 00631 del 10 de marzo de 2015 |

Fuente: elaboración propia, a partir del Radicado 00195 del 19 de mayo de 2015 del INCODER.

Gráfica 1

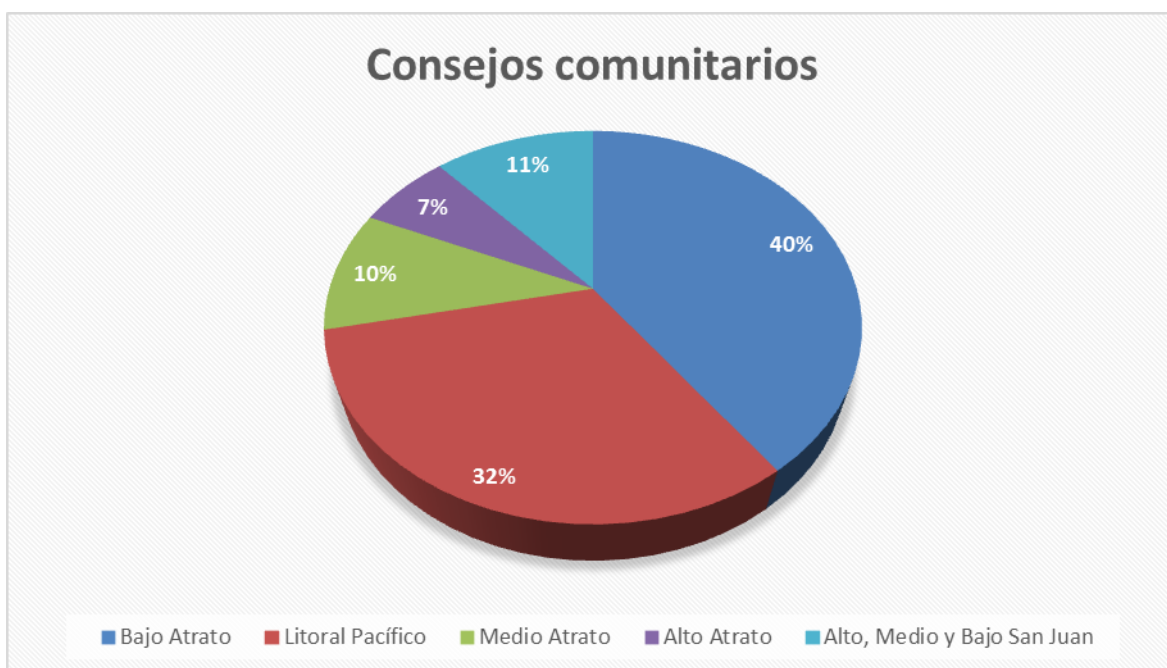
Consejos Comunitarios por familias en el departamento del Chocó



Fuente: elaboración propia a partir de la respuesta del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural Territorial Chocó.

Gráfica 2

Consejos Comunitarios de Comunidades Negras por regiones



Fuente: elaboración propia a partir de la respuesta del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural.

Quibdó, 16 de agosto de 2016

Doctor
Richard Moreno Rodríguez
Coordinador
Foro Interétnico Solidaridad Chocó
Ciudad

Ref.: Solicitud de ayuda para obtener Copia de Reglamentos Internos de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras.

Cordial saludo,

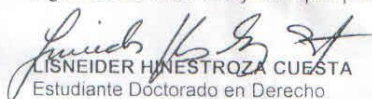
En la actualidad por mi condición de docente de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luís Córdoba" y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado, me encuentro realizando mi tesis doctoral sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia. Se trata de una discusión teórica sobre las características del derecho con la hipótesis de ser un derecho diferente a los consagrados en la legislación Colombiana, por reunir características mixtas de derechos individuales, colectivos, humanos y fundamentales.

Con el propósito de analizar el ejercicio del derecho e identificar elementos que me permitan conceptualizarlo como un derecho distinto que exige mecanismos jurídicos especiales, es importante realizar una revisión de reglamentos internos de consejos comunitarios mayores donde pueda ver los acuerdos frente al Usufructo.

En atención a que el Foro es un espacio en el que convergen las diferentes organizaciones del Chocó, entre ellas las organizaciones de comunidades negras, de manera atenta solicito a ustedes, su ayuda para contactar a los representantes legales o en su defecto para obtener por su conducto, copia de los reglamentos internos de los consejos comunitarios de comunidades negras del departamento del departamento Chocó.

La información tiene exclusivamente fines académicos,

Agradezco toda la ayuda que puedan brindarme,


LISNEIDER HINESTROZA CUESTA

Estudiante Doctorado en Derecho
Universidad Externado de Colombia
Docente UTCH

Datos de contacto: E-mail: lisneider@yahoo.es Cel: 314 163124

Dirección oficina: Ciudadela Universitaria, Bloque de Investigaciones. Piso 3. Oficina 308

*P/Declaración
16-Agt 2016
H: 1:50 p.m.*

Quibdó, 28 de octubre de 2015

INCODERR 28/10/2015 09:03
Al Contestar cite este No.: 20151192663
Origen: Personas Naturales
Destino: Dirección Técnica de Asuntos étn
Anexos: Fol:2

Doctor
HECTOR TRUJILLO
Dirección de Asuntos Étnicos
INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL
INCODER
Bogotá

Ref.: ***Desarrollo de Tesis Doctoral sobre el Derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia a partir de la Constitución de 1991***

Asunto.: Solicitud de información

Cordial saludo,

LISNEIDER HINESTROZA CUESTA, identificada con cedula de ciudadanía número 35.891.550 de Quibdó, en mi condición de estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, con fundamento en el artículo 23 de la C.P. de 1991, los artículos 13-33 de la Ley 1437 de 2011; de manera atenta solicito a usted, autorizar y ordenar a quien corresponda el suministro de la siguiente información, que servirá de soporte documental a la investigación de la referencia:

1. Explicar si el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, ha adelantado trámites para la modificación de Resoluciones de adjudicación de títulos colectivos a comunidades negras, en especial en el departamento del Chocó. Indicar a qué consejos comunitarios, las causas o motivación para realizar las modificaciones después de la expedición de las Resoluciones de adjudicación de los títulos colectivos a un Consejo Comunitario de Comunidades negras.
2. Si en el Instituto se han identificado situaciones que se presenten en relación con títulos colectivos de comunidades negras adjudicados, como cambios, modificaciones por saneamiento territorial, conflictos por la delimitación de zonas urbanas y territorios colectivos de comunidades

Quibdó, 9 de noviembre de 2015

Doctora
DANGI JHOANA GUTIERREZ
Inspectora de Policía
Municipio de Bagadó
Despacho

Ref.: **Desarrollo de Tesis Doctoral sobre el Derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia a partir de la Constitución de 1991**

Asunto.: Solicitud de información

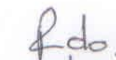
Cordial saludo,

LISNEIDER HINESTROZA CUESTA, identificada con cedula de ciudadanía número 35.891.550 de Quibdó, en mi condición de estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, con fundamento en el artículo 23 de la C.P. de 1991, los artículos 13-33 de la Ley 1437 de 2011; de manera atenta solicito a usted, autorizar y ordenar a quien corresponda el suministro de la siguiente información, que servirá de soporte documental a la investigación de la referencia:

1. Cuáles son las situaciones que con mayor frecuencia presentan o por las cuales consultan integrantes de consejos comunitarios de comunidades negras en su despacho (relacionadas con el territorio, propiedad).
2. En su Despacho se han tramitado o han recibido solicitudes para dirimir conflictos entre miembros de consejos comunitarios de comunidades negras relacionadas con el aprovechamiento de recursos naturales en territorios colectivos, arrendamiento de tierras, minería, etc. Relacionar los casos con un breve resumen de los hechos presentados.
3. Cuál es el procedimiento que realiza la Inspección en los eventos anteriores.
4. Copia de las actas levantadas, documento o formato que utiliza la Inspección para registrar los anteriores eventos.

Agradeciendo su atención


LISNEIDER HINESTROZA CUESTA
Estudiante Tercer año Doctorado en Derecho
Universidad Externado de Colombia
Dirección: Barrio El Jardín- Sector Heliconias. Calle 29 . N. 28-31
E-mail: lisneider@yahoo.es
Teléfono: 3146163124 -3104149274


19 de Nov. 2015
Inspección de Policía
Dangi Gutierrez.